تصدير الطبعة الأولى

ننبه الى أن قوام هذا المؤلف مذكرة ضمت مجموعة من المحاضرات ألقيناها فى العام الماضى على طلبة السنة الثانية بكلية الحقوق جامعة القاهرة واقدامنا على اخراج هذه المحاضرات فى كتاب يعنى الاضافة والتجديد والعمق فى تناول الموضوعات والرجوع الى مزيد من المراجع الهامة . وحرصنا على أن تكون الكتابة باجياز غير مخل بما يجب أن يعرفه الطالب من حكم ومن منهج فقهى وأسلوب يساهم فى تكوين الأصول القانونية عنده .. ونسأل الله التوفيق .

مقـدمة

فى

التنازع بين الشرائع فى القانون المصرى

تقسيم :

يضم هذا المؤلف مقدمة وثلاث كتب . تتناول فى المقدمة التنازع بين الشرائع الدينية فى القانون المصرى فى الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وتتناول فى الكتاب الأول شريعة الأقباط الأرثوذكس وتتناول فى الكتاب الثانى شريعة الكاثوليك والبروتستانت الوطنيين وتتناول فى الكتاب الثالث شريعة اليهود الوطنيين .

تمهيد :

التنازع فى القانون له عدة صور : منها التنــازع بين قوانين دول مختلفة بسبب وجود عنصر أجنبى فى العلاقة وهذا التنازع تطبق بشأنه قواعد القانون الدولى الخاص وهى التى تحدد القانون الواجب التطبيق، كمصرى يتزوج بأجنبية أو كأجنبى يشترى عقارا يقع فى مصر أو يرتكب جريمة على أرض مصر ، ... الخ ... ومنها التنازع الداخلى الذى يصير بسبب وجود قانون غير موحد وانما يترك الأمر الى عدة قوانين أو شرائع أو نظم أو أحوال Statuts (١) ، وهذا يعنى أن على القاضى أن يحدد فى ضوء قواعد يضعها المشرع القانون أو الشريعة واجبة التطبيق ، هذا التعدد أو الازدواج فى القانون يختلف عن التنازع بين القوانين من حيث الزمان حيث لا يوجد الا قانون واحد ــ القديم أو الجديد مطبق على الجميع . أما التعدد أو الازدواج فهو يعنى عدم وحدة القانون الوطنى .

وعدم وحدة القانون الوطنى قد يجد سببه فى ظروف سياسية كالدولة الاتحادية التى تشمل أكثر من ولاية وكل ولاية لها قانونها . وقد تكون هذه الظروف السياسية فى صورة امتيازات أجنبية تحصل عليها الدول الأجنبية من الدول .

وغالبا تكون مختلفة ، كما كان الحال فى مصر حيث كان للدول الأجنبية امتيـاز مقتضاه هو أن يكون هناك قانون وقضــاء خــاص يحــكم العلاقات ويقضى فى المنازعات التى تكون بين الأجانب فقط أو بين أجنبى ومصرى وعرف ذلك بالقــانون المختلط والقضاء المختلط (٢) ، بينمــا

---

(١) كان الرومان يطلقونها على قوانين المدن بينما كان يسمى القانون الوحيد (Lex) .

(٢) يجب ملاحظة أن القانون المختلط ليس قانونا أجنبيا وانما قانون مصرى . ولذا فوجوده لا يغنى عن ضرورة مراعاة القانون الدولى الخاص فمثلا اذا قضت قواعد هذا القانون بتطبيق قانون موقع المال على العقود المتعلقة بهذا المال ، وكان هذا المال يقع فى فرنســا فلابد من تطبيق قوعد البيع الواردة فى القانون الفرنسى لا قوعد البيع الواردة فى القانون المدنى المختلط .

=

خصص لعلاقات المصريين ومنازعاتهم القانون الأهلى والقضاء الأهلى . هذا الامتيـاز اقتضى وجود قواد تحدد نطاق تطبيق كل من القـانون وتحدد ولاية كل قضاء ، هذه القواعد هى قواعد تنازع داخلى .

أما الظروف الدينية فهى فى مصر أن أصحاب الديانات غير الاسلامية حصلوا على امتياز مقتضاه أن يكون لهم فى أحوالهم الشخصية الأحتكام الى شريعتهم الدينية والى قضاء خاص بهم يشكل من بينهم تحت اشراف مجلس الطائفة .

هذا التعدد الداخلى للشرائع أو القوانين وسـواء كان مرده الى امتيازات أقليمية أو سياسية أو دينية أو طائفية ، يعتبر مساسا بسـادة الدولة فى صورتها الكاملة ، فسـادة الدولة تقتضى أن يكون قانونها شامل وموحد لكل اقليمها وشـامل لكل الأشخاص الذين يباشرون سلوكا أو تصرفا على هذا الاقليم دون تمييز بسبب الأصل أو الجنسية أو الجنس أو الدين ، وهذا ما يعرف بمبدأ أقليمية القوانين ، ويكمله مبدأ آخر هو شخصية القوانين أى أن القـانون يطبق على الوطنيين ولو ارتكبوا سلوكهم خارج اقليم الدولة . والاكتفاء بمبدأ دون آخر أو الأخذ به على اطلاقه لا يحقق السيادة الكاملة للدولة ويوقع فى حرج ومع الأخذ بالمبدأين لابد أن يقبل المشرع الوطنى بعض الاسـتثناءات يوجبها التعاون الدولى وهذا هو موضوع القانون الدولى الخاص ، والقانون الدولى الخاص ليس كالقانون الدولى العام موحد وانما هو قانون داخلى فهو يمكن أن يختلف من دولة الى أخرى .

تقسيم محتويات المقدمة :

نقسم تلك المقدمة الى بابين تتناول فى الباب الأول أسـباب تعدد قوانين الأحوال الشخصية فى القانون المصرى وقواعد الاسـناد لحل تنازع تلك القوانين وتتناول فى الباب الثانى التعريف بالشرائع الدينية غير الاسلامية .

=

اما اذا قضت قواعد هذا القانون بتطبيق القانون المصرى وليكن المال موجود فى مصر والبيع بين فرنسى ومصرى فان القانون المختلط باعتباره القـانون المصرى يطبق .

الباب الأول

تعدد قوانين الأحوال الشخصية

نقسم هذا الباب الى فصلين : فى الفصل الأول نبحث أسباب تعدد قوانين الأحوال الشخصية للمصريين باختلاف ديانتهم وفى الفصل الثانى نبحث قواعد تحديد نطاق تطبيق الشرائع الدينية .

الفصل الأول

أسباب

تعدد قوانين الأحوال الشخصية

يجب لكى يكون البحث أكثر دقة أن نميز بين فترتين : الفترة التى سبقت صدور ونفاذ قانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ الخاص بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية والفترة التى تلت نفاذ ذلك القانون وهى تبدأ من أول يناير ١٩٥٦ . ونخصص لكل فترة مبحث مستقل .

المبحث الاول

الفترة التى سبقت قانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥

المطلب الأول ــ وجود القضاء الطائفى

مما سجلته تلك الفترة أمرين هامين هما : ترك الأحوال الشخصية للمصريين لحكم الدين . وثانيا وجود قضاء خاص دينى عهد اليه بنظر منازعات الأحوال الشخصية . وقد يكون الأمر الأول نتيجة الأمر الثانى حيث أن كل جهة قضاء دينى لا تحكم الا طبقا لشريعتها ، مما يجعلنا نتجه

الى بحث أسباب تعدد جهات قضاء الأحوال الشخصية فى تلك الفترة .

ولا نجد حرجا أن نسوق ما كتبه الأستاذ أحمد صفوت عن تاريخ نشوء الامتيازات القضائية الملية (١) . « ترجع ولاية الحكم للطوائف غير الاسلامية فى بلاد الدولة العلية (أى الامبراطورية العثمانية) الى عصر الفتح العثمانى لمدينة القسطنطينية عام ١٥٤٣ (٢) حين أقر السلطان محمد الفاتح بطرق الروم اليونانيين فى وظيفته وجعل له السلطة التامة على اتباعه فى المسائل الروحية وولاية القضاء فى كافة الأمور المدنية والجنائية ويقوم مقام الحكومة فى المسائل الادارية كجباية الجزية فجمع بذلك كل السلطات فى يده واستقل بكافة أمور الرعية المسيحية داخل السلطة العثمانية » .

« ومن قبل لم يمنح الفاتحون المسلمون ولاية القضاء بكافة أنواعه على المنوال السابق مع الاستقلال الذاتى الكامل لأية طائفة لا فى العراق ولا فى الشام ولا فى مصر ولا فى الأندلس وكل ما منحوه هو حرية الطقوس الدينية وحرمة المعابد بأملاكها وسلطة الحكم لرؤساء الدين فى الأحوال الشخصية المرتبطة بالدين كالزواج والطلاق وما يتبعها لاختلاف أحكامها الأساسية فى الشريعة الاسلامية عن حكم الدين المسيحى فيها اختلافا جوهريا يرجع الى العقائد والفروض الدينية والى ما هو حلال وما هو حرام فى الدين مما لا يمكن الاكراه فيه من قبل المسلمين فتركوا الذميين من المسيحيين واليهود لا يتعرضون لهم فيما يدينون به أما المعاملات المدنية والأمور الجنائية فكانت كلها من اختصاص القاضى الشرعى (٣) لا ينظر فيها الى ملة المتقاضين وفى أحوال

---

(١) احمد صفوت — قضاء الأحوال الشخصية للطوائف الملية طبعة ١٩٣٦ ص ٢ وما بعدها .

(٢) وبهذا سقطت الامبراطورية الرومانية الشرقية (البيزنطنة) فى أيدى الاتراك .

(٣) لم يوجد بالقضاء الشرعى كقضاء مستمر ومنظم الا فى عهد الدولة العثمانية حيث صدر الأمر العالى المؤرخ فى ٢٥ ذى الحجة سنة ١٣١٤ الموافق ٢٧ مايو ١٨٩٧ ميلادية بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية واستمر تطبيق تلك اللائحة فى مصر حتى صدور لائحة جديدة بعد استقلال مصر عن تركيا بمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وهى المعمول بها حتى الآن .

قليلة سمح لرؤساء أهل الذمة بالقضاء بين اتباعهم فى الأمور المدنية»(١).

« لكن السلاطين ما لبثوا أن شعروا بعظم سلطان رجال الدين الذين كان لهم « حق الحبس وحق النفى وفرض الضرائب على اتباعهم لأنفسهم وجباية الجزية للحكومة فضلا عن تنظيم كل الأمور الروحية وسلطة تعيين وعزل الأساقفة ومجازاتها وادركوا أنما منحوه من سلطة مدنية وادارية أصبح غلا فى عنق الادارة العامة ومانعا من توحيد الأمة » (٢).

« فرأى السلاطين رعاية لرعاياهم وتحقيقا لسلطانهم أن يحدوا من هذه الامتيازات التى خرجت عما وضعت له وزالت الأسباب الداعلية لها » . « وهنا بدأ النزاع بين السلطة العامة وبين البطارقة لسيادة الأولى من جهة ومحافظة على امتيازات الثانية من جهة أخرى، وبلغ أشده فى القرن التاسع عشر حين ظهرت مبادىء جديدة للحكم على قاعدة فصل السلطات وتوحيد أداة الادارة العامة ورغبت الدولة العليا فى تنظيم مصالحها الداخلية .. واقترن ذلك بتدخل الدول الأوربية بدعوى حماية المسيحيين لأغراضها السياسية وكانت كل المنازعات الى سنة ١٨٥٦ تنتهى بتأييد الامتيازات السابقة ومدها الى الطوائف التى لم تمنحها من قبل وبالمساواة بينهما جميعا كبيرها وصغيرها فى المعاملة والحقوق » (٣) .

تخلص مما سبق الى أن اختصاص القضاء الطائفى ظل حتى عام ١٨٥٦ شاملا للمسائل المدنية والادارية والجنائية وأخفق السلطان العثمانى لمدة طويلة بفعل تدخل الدول الأجنبية فى تقييد ذلك الاختصاص ولم يتم ذلك الا فى عام ١٨٥٦ بالخط الهمايونى الصادر فى ١٨ فبراير ١٨٥٦ وتأيد مرارا ماورد فى الخط الهمايونى فى كثير من المنشورات التى وجهت الى البطريكخانات من الباب العالى كمنشورا ٣ فبراير ١٨٩١ الصادر

(١) أحمد صفوت المرجع السابق - ص ٢ .
(٢) أحمد صفوت المرجع السابق - ص ٥ - ٦ .
(٣) أحمد صفوت - المرجع السابق ص ٧ .

الى بطريركخانة الروم ومنشور أول أبريل ١٨٩١ الموجه الى بطريركخانة الأرمن ومنشور أول مايو ١٨٩١ وهو عام ٠ وقد بلغت كل هذه المنشورات الى الحكومة المصرية وهى بمثابة التفسير التشريعى للخط الهمايونى •

وطبقا للخط الهمايونى والمنشورات اللاحقة فان القضاء الطائفى يختص بمسائل الأنكحة كالنفقة والمهر والجهاز ما لم يتم اتفاق جميع الخصوم على اختصاص القضاء الشرعى ويختص القضاء الطائفى استثناء بنظر دعوى الارث اذا اتفق جميع الورثة على ذلك فاذا لم يتم الاتفاق كان القضاء الشرعى هو المختص ولذا يقال أن اختصاص القضاء الطائفى فى المسائل الأولى اجبارى حيث لا يلزم اتفاق وان اختصاصها فى المسائل الثانية اختيارى حيث يلزم اتفاق •

وفى مصر على وجه الخصوم أضف الى ما سبق بعض القوانين التى صدرت بخصوص بعض الطوائف حيث نظمت الحكومة المصرية طائفة الأقباط الأرثوذكسى بأمر عال صادر فى ١٤ مايو ١٨٨٣ والمعدل بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٢٧ وكذا نظمت طائفة الانجليليين الوطنيين (البروتستانت) بأمر عال صادر فى أول مارس ١٩٠٢ ونظمت طائفة الأرمن الكاثوليك بقانون رقم ٢٧ الصادر فى ١٨ نوفمبر ١٩٠٥ ولم تخرج هذه القوانين على ما قرره الخط الهمايونى ٠ واذا كانت هذه المذكور فان باقى الطوائف التى لم يصدر بشأنه تنظيمها مثل هذه القوانين الخاصة تعتبر أساسا قانونيا لاختصاص القضاء الطائفى القوانين ظلت تتمتع بامتياز تنظيم قضائها وأساسها القانونى هو الخط الهمايونى •

والمقصود بطبيعة الحال الطوائف المعترف بها والا « جاز لكل داع يجمع حوله اتباعا ويتخذ لهم نظاما خاصا للزواج والطلاق وما يتبعها من العلائق العائلية أن ينصب نفسه قاضيا ويتمتع بولاية الحكم عليهم فى كل أحوالهم الشخصية » « ويحصل هذا الاعتراف باعتماد تعيين رئيسها بأمر عال للطوائف التى لها رئاسة مستقلة أو بقرار من وزير الداخلية

للطوائف التى رئاستها فى مصر تابعة لرئيس أعلا فى بلد آخر » (١) وعلى ذلك فالاعتراف ليس مقصورا على صدور قانون ينظم الطائفة .

وفى عام ١٩١٥ استقلت مصر عن تركيا ولكن لم يترتب على ذلك الاستقلال المساس بالامتيازات القضائية للطوائف غير الاسلامية المعترف بها فى مصر حيث صدور قانون رقم ٨ لعام ١٩١٥ مؤكدا استمرار جهات القضاء الطائفية المعترف بها فى نظر الدعاوى التى كانت تنظرها من قبل فى حدود الخط الهمايونى والمنشورات اللاحقة والقوانين الخاصة منذ صدور قانون ١٩١٥ أصبحت ولاية الحكم للطوائف الملية مستمدة من الحكومة المصرية .

المطلب الثانى

النقد الذى يوجه الى القضاء الطائفى

ان عدم توحيد القانون بالنسبة للوطنيين ولو اقتصر على مسائل الشخصية أمر منتقد ويزيد من مساوىء ذلك التعدد الداخلى للقانون تعدد جهات القضاء واختلافها بحسب دين المتقاضين . ويا ليت الأمر اقتصر على الأول ولكن ذلك لم يتحقق الا بقانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ :

ولقد نظر الى القضاء الطائفى فى تلك الفترة السابقة على صدور ذلك القانون على أنه قضاء خاص فهو صاحب ولاية مقيدة ، أما المحاكم الشرعية فهى صاحبة الولاية العامة وكان القضاء الطائفى لا يختص بمنازعات غير المسلمين الا اذا اتحد الخصوم فى الدين والمذهب والطائفة (٢) اما أن اختلفا فى شىء من ذلك كأن كان الزواج بين مسيحى ويهودية أو بين مسيحى كاثوليكى ومسيحية ارثوذكسية أو بين مسيحى ارثوذكسى قبطى ومسيحية ارثوذكسة سريانية كانت المحاكم الشرعية هى المختصة . وكانت هى المختصة أيضا اذا اتحد الخصوم دينا ومذهبا ولكن لا توجد لهم جهات قضائية معترف بها كاللاتين (من أصل ايطالى).

(١) احمد صفوت ــ المرجع السابق ــ ص ١٨ .

(٢) احمد صفوت ــ المرجع السابق ص ٢٤ .

ومن ناحية أخرى يعد القضاء الطائفى قضائى قضاء خاص ذو ولاية مقيدة من حيث الموضوع أيضا فهو لم يكن يختص الا بنظر عدة دعاوى « هى الدعاوى الخاصة مثل حقوق الارثية » . العبارة وردت فى الخط الهمايونى . أو « فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية » العبارة وردت فى المادة ١٦ من الأمر العالى الصادر فى ١١ مايو ١٨٨٣ بشأن الأقباط الارثوذكسى .

ولابد أن نشير الى أن ولاية القضاء الطائفى سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع لم تكن واضحة الحدود ولم تكن تمر بدون تنازع وسعت كل من المحاكم الشرعية والمحاكم الطائفية الى توسيع دائرة اختصاصها واخذت بتفسيرات مختلفة فى كثير من المسائل ولم تكن الآثار التشريعية العثمانية والمقصود الخط الهمايونى والمنشورات والتحريرات السابقة واللاحقة « فى صياغتها وتحريرها وليدة حرص على توخى الوضوح والإحكام وانما كانت فى حقيقتها ثمرة تجهيل اقتضته ظروف السياسة » (١) ولم تكن عبارة الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية بأكثر وضوحا فهناك مسائل كثيرة كالدوطة والجهاز والأرث ونفقة الأقارب مختلف حول دخولها فى مدلول الأحوال الشخصية .

وأكثر صور النزاع كانت تحدث بمناسبة تغيير أحد الزوجين المتحدين المذهب والطائفة وقت الزواج ديانته أو ملته أو طائفته بعد الزواج حيث كانت المحاكم الشرعية تعتد بذلك التغيير وتعتبر أن شرط اتحاد الملة والطائفة غير متوافر وترى أنها مختصة بينما المجلس الطائفى الذى انعقد أمامه الزواج كان لا يعتد بذلك التغيير ويرى أن قضائه هو الذى ينظر كل نزاع متعلق بذلك الزواج بغية تطبيق قانون العقد وكان يحدث كثيرا أن ترفع دعوى من أحد الزوجين أمام المحاكم الشرعية ويحصل على حكم ، بينما يقوم الزوج الآخر برفع دعوى أخرى أمام القضاء الطائفى ويستصدر حكم لصالحه ، وغالبا أن يكون الحكمين متعارضين وعندما

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ - انور العمروسى - موسوعة النصوص التشريعية والملية المعدلة .

يقدما للتنفيذ ترفض الادارة تنفيذ أيهما الى أن يستصدر المحكوم له حكم آخر من المحاكم الأهلية بتفضيل حكمه أو يحصل على تأييد من اللجنة الاستشارية التى شكلت عام ١٩٠٢ تابعة لوزير العدل للفصل فى تلك المنازعات ، ولا يخفى ما تتضمنه كل هذه الاجراءات القضائية الطويلة من تعريض لمصالح الزوجين للضرر وتضييع وقتها وتبديد لأموالها •

وكان تنازعا أيضا يثور بصدد الاختصاص بنظر دعاوى الارث حيث كان القضاء الطائفى لا يختص الا اذا اتفق الورثة حتى ولو كانوا متحدين ملة وطائفة فمتى كان يمكن القول بتوافر ذلك الاتفاق « وما لاشك فيه كقاعدة عامة أن اتفاق الطرفين اما أن يكون صريحا أو ضمنيا والاتفاق الضمنى تستنتجه المحكمة من أى واقعة تراها كافية للادلال عليه وفى هذا يختلف تقدير الجهات القضائية فتتوسع فى تفسير الرضا الضمنى جهات القضاء الملى لتمد اختصاصها على دعاوى الميراث فتستنتج الرضا من حضور الخصم جرد التركة بمعرفتها أو من حضوره الجلسة بغير صفة وبدون أن يدعى أو يدعى عليه فى القضية أو من علمه الأكيد بقيام الدعاوى • والمحاكم الشرعية لا ترى الاتفاق الا بالشكل الذى يدل على التنازل عن التحاكم اليها بالتحاكم فعلا الى المجالس الملية أو شفاها بجلسة المجلس » (١) •

أضف الى ذلك كله فساد المجالس الملية بصفة عامة وقصورها عن اداء وظيفتها واعتمادها على المجاملة وجهل اعضائها بقوانين الكنيسة فكانت محل هجوم من جانب اتباعها انفسهم ، وأمامنا فقرات من هذا الهجوم مثل « يؤلمنا أن نردد على صفحات الاكسبريس الآلام التى يشعر بها كل قبطى من جراء اهمال المجلس الملى لانه ترك الوظيفة الشريفة التى انتخب خصيصا لأجلها وأصبح مجلسا قاصرا على الصلح بين الزوجين أو الطلاق •• ويا ليت المجلس بنصف هؤلاء النسوة المسكينات اللاتى

---

(١) أحمد صفوت ـ المرجع السابق ص ٤٣ .

طوح بهن الزمن ودخلن دار البطركخانة من سوء الحال ، فقد بلغنا عن ثقة أن المجلس يتركهن أربع وخمس ساعات واقفات ينتظرن دورهن ثم يصرفهن ولا ينظر فى شكاويهن ويأمرهن بالعودة وهكذا تمر أسابيع قبل الفصل فى دعوى احداهن .. وهذا العمل ينبئنا أن أعضاء المجلس لا يدرسون القضايا قبل دخولهم الجلسة ويغلب على الظن أن المجلس لا يقدر الوظيفة التى تشكل لأجلها » (١) .

« وقد يستفحل الشر ويؤول الأمر الى المجلس الملى المنتشر فى أرجاء البلاد وهذا المجلس مؤلف من خمسة من الأفندية قلما يدخلون الكنيسة واعتقد أن أغلبهم لن يجيد قراءة « أبانا الذى فى السموات » فما بالك بمعرفتهم بقوانين الكنيسة وبآداب المسيحية وتقاليدها وأوامر الكتاب المقدس» (٢) . « وذاك يخدم عند أحد أعضاء المجلس الملى يحرس بيته أو حقله نظير تطليقه من امرأته وتلك تخدم حضرة العضو المحترم فيسعى لها فى الطلاق ومعروف أن المجلس الملى مبنى على نظام المجاملة » (٣) .

أضف الى ما سبق أن وجود القضاء الطائفى بالتنظيم الذى كان عليه « نظام استثنائى يحد من سلطان الحكومة وسيادتها بالنسبة لبعض الوطنيين وليس يتفق مع السيادة القومية فى شىء أن تصدر أحكام فى الصق المسائل بذات الانسان من جهات قضائية غير مسئولة ولا مختارة من جانب الحكومة أو أن تكون تلك الجهات خاضعة لهيئات أجنبية تباشر أعمالها خارج حدود البلاد كما هو الحال بالنسبة لبعض الطوائف التى يرفع الطعن فى أحكامها الى محكمة روما — وليس أقل من كل أولئك مساسا بالسيادة أن يلى القضاء فى بعض المجالس الطائفية أجانب

---

(١) الشعب القبطى — جريدة الاكسبريس عدد ١٩ ابريل ١٩٠٨ .
(٢) مجلة تعاليم الكنيسة العدد الثالث نوفمبر ١٩٥١ ص ١٢ .
(٣) مجلة تعاليم الكنيسة — نفس المكان .

لا يعرفون لغة المتقاضين ويصدرون أحكامهم بين المصريين بلغة غير لغتهم » (١) .

المبحث الأول

الفترة اللاحقة لقانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥

أصبح القضاء الوطنى موحدا بالكامل بالنسبة لكل المقيمين على أرض مصر بغض النظر عن الجنسية أو الدين . وأصبح مختصا بنظر منازعات الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين ونصت المادة الرابعة من قانون ٤٦٢ على أن تشكل بالمحاكم دوائر جزئية وابتدائية واستئنافية لنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف ، وان تشكل بمحكمة النقض دائرة لنظر تلك القضايا ويلحق رئيس المحكمة العليا الشرعية (سابقا) عضوا بها وان يتضمن تشكيل دوائر الأحوال الشخصية بكل محكمة أحد القضاة الشرعيين . ثم رأت بعض المحاكم

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ .

وهكذا صار تنظيم السلطة القضائية المصرية فى تلك الفترة فى غاية السوء ولا يعرف له مثيل فى اية دولة ذات سيادة ، فالمحاكم الأهلية تختص فيما بينهم وبين المصريين . واختصاص المحاكم الأهلية ليس شاملا لكل بالمنازعات بين المصريين والمحاكم المختلطة تختص بالمنازعات بين الأجانب المنازعات وانما تخرج منه منازعات الأحوال الشخصية فتختص بها المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، وكذا لم يكن اختصاص المحاكم المختلطة شامل وانما خرجت منازعات الأحوال الشخصية للأجانب فكانت تنظرها محاكم قنصلية .

كل هذا الافتئات على السيادة الوطنية وجد بداية النهاية فى الاتف الخاص بالغاء الامتيازات الأجنبية الذى توصلت الحكومة المصرية (حكومة مصطفى النحاس باشا) الى عقده مع الدول الأجنبية فى مونترو فى ٨مايو ١٩٣٧ ، وفيه اتفق على عودة السيادة للمشرع المصرى والقضاء المصرى على الأجانب واتفق أن يكون ذلك بعد فترة انتقال بدأت من ١٥ أكتوبر ١٩٣٧ وانتهت فى ١٤ أكتوبر ١٩٤٩ ، فى هذه الفترة بقى القضاء المختلط والقنصلى يباشر اختصاصاته وبعد انتهائها ألغيت بقوة القانون تلك المحاكم وانتقلت الدعاوى التى كانت منظورة أمامها الى المحاكم الأهلية واصبح القضاء الملية .

الا تنشىء دائرة واحدة لنظر جميع منازعات الأحوال الشخصية وانما انشأت دائرة لنظر الأحوال الشخصية للمسلمين وأخرى لنظر الأحوال الشخصية لغير المسلمين المتحدين فى الملة والطائفة . والرأى متفق فى الفقه والقضاء على أن تخصيص دائرة للمسلمين وأخرى لغير المسلمين ليس مرادفا للماضى ولا يماثل توزيع الاختصاص بينهما ما كان عليه توزيع الاختصاص بين المحاكم الشرعية والمجالس الملية الملغاة ، فأنشاء هذه الدوائر هو اجراء ادارى محض وتوزيع الاختصاص بينهما غير متعلق بالنظام العام ولا يجوز الدفع أمامها بعدم الاختصاص (١) ، وقضى بأن انشاء الدوائر المختلفة داخل نطاق المحكمة الواحدة هو مجرد توزيع تنظيمى للعمل (٢) ، ثم حيث أنه تنظيم لم يأمر به المشرع فى قانون ٤٦٢ فهو عمل داخلى بحت (٢) .

ورغم توحيد قضاء الأحوال الشخصية الا أن المشرع فى قانون ٤٦٢ ترك الأحوال الشخصية — فيما عدا ما ورد بشأنه قانون موحد — لحكم الشرائع الدينية بنفس القواعد والشروط التى كانت تنظم اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية .

تنص المادة السادسة من هذا القانون « تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة .

« أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير

---

(١) توفيق حسن فرج — احكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين — الطبعة الثالثة ص ٢١٨ .

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية القضائية ٤٦ سنة ٥٦ك جلسة ١٩٥٧/١/٢٩ — ومحكمة الاسكندرية الابتدائية قضية رقم ٤٤٩ سنة ١٩٥٧ك . صالح حنفى المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية الجزء الثانى رقم ٥٣٩ ورقم ٤٤٢ .

المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقد صدور هذا القانون فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم » .

واستنادا الى هذه المادة وغيرها من مواد القانون المدنى نحدد النقاط التالية :

أولا - ان الشريعة الاسلامية هى صاحبة الولاية العامة فى منازعات الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين وغير المسلمين .

ثانيا - يستثنى من تلك الولاية العامة ، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين اذا كانوا متحدين فى الطائفة والملة وكان لهم فى الفترة السابقة محاكم ملية - والمقصود محاكم طائفية - معترف بها ، وتصدر الأحكام طبقا لشريعتهم فى حدود النظام العام .

ثالثا - ان كل مالا يعد أحوال شخصية لا يخضع لأحكام المادة السادسة وبالتالى فان القاعدة القانونية تجد مصدرها الأول فى التشريع فان لم يوجد فمن العرف وان لم يوجد فمن مبادى الشريعة الاسلامية (وبصرف النظر عما اذا كان الخصوم مسلمين أو غير مسلمين) وان لم يوجد فمن مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة (م ١ مدنى) .

رابعا - ان ولاية الشرائع الدينية فيما يتعلق بالأحوال الشخصية مقيد بألا يكون هناك تشريع عام موحد بحكم الأحوال الشخصية محل النزاع بصرف النظر عن ديانة الخصوم أو تشريع خاص .

خامسا - ان المقصود بالشريعة الاسلامية فى منازعات المسلمين القواعد الموضوعية طبقا للمدون فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الاحكام طبقا لتلك القواعد .

سادسا - ان اختصاص الشرائع الدينية طبقا للمادة السادسة قاصر على المصريين . ومع ذلك اذا أشارت قواعد القانون الدولى الخاص

بتطبيق القانون المصرى فان تجب مراعاة أحكام تلك المادة ، فمثلا اذا تزوج مصرى بفرنسية وجب تطبيق القانون المصرى على هذا الزواج من حيث أحكامه الموضوعية ومن حيث اثاره وحينئذ تجب مراعاة أحكام المادة السادسة لحل التنازع الداخلى بين الشرائع المتعددة تطبيقا للمادة ٢٦ من القانون المدنى التى تنص « متى ظهر من الأحكام الواردة فى المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع فان القانون الداخلى لتلك الدولة هو الذى يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها » .

وعلى هذا الأساس قضت محكمة القاهرة الابتدائية بتطبيق الشريعة الاسلامية على دعوى طلاق رفعتها امرأة مصرية مسيحية الدين كاثوليكية المذهب ضد زوجها البريطانى الجنسية البروتستانتى المذهب (١) .

ومن ناحية أخرى اذا عينت قواعد القانون الدولى الخاص قانونا أجنبيا وكان فى هذا القانون يوجد تشريع فى مسائل الأحوال الشخصية فلا يجوز للقاضى أن يطبق الشريعة الدينية ولو اتحد الخصوم ديانة ومذهبا وطائفة .

سابعا — ان الطائفة لا تعنى الجنسية فاختلاف الطائفة بين مصريين متحدين فى الديانة غير الاسلامية ومتحدين فى الملة يوجب تطبيق قواعد الاسناد المنصوص عليها فى المادة السادسة من قانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ أما اختلاف الجنسية فيوجب تطبيق قواعد اسناد القانون الدولى الخاص .

ثامنا — أخيرا يطلق الفقه على القوانين التى تتعدد بحسب الدين أو الجنسية اصطلاح القوانين الشخصية تمييزا لها عن القوانين الاقليمية التى تطبق على كل من الاقليم بصرف النظر عن الدين أو الجنسية

---

(١) جابر جاد عبد الرحمن — تنازع القوانين ص ٢٧٣ .

الفصل الثانى

نطاق تطبيق الشرائع الدينية

نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث : المبحث الأول تتناول فيه تحديد الأحوال الشخصية التى تخضع للقانون الشخصى وفى المبحث الثانى تتناول شروط تطبيق الشرائع غير الاسلامية وفى المبحث الثالث تتناول شروط تطبيق الشريعة الاسلامية .

المبحث الثانى

تحديد الأحوال الشخصية التى تخضع للقانون الشخصى

المطلب الأول

تعريف الأحوال الشخصية

تشير كلمة أحوال فى الفقه القانونى المعاصر الى موضوع القانون وليس الى القانون نفسه كما كان الحال عند الرومان . وأصبح الفقه يقسم الموضوعات أو الأحوال التى تتناولها القاعدة القانونية بالتنظيم الى أحوال شخصية واحوال عينية وأحوال مختلطة . وهذا التقسيم يساعد فقهاء القانون الدولى الخاص فى اختيار قواعد حل تنازع القوانين .

ولقد اعتمد المشرع المصرى على هذا التقسيم فى تحديد نطاق تطبيق الشرائع الدينية قبل وبعد عام ١٩٥٥ . واعتمد عليها الموقعون على اتفاقية مونترو لتحديد اختصاص القضاء القنصلى (م ٩ من الاتفاقية) . فماذا يقصد بالأحوال الشخصية ؟

لم يرد فى قانون ٤٦٢ تعريف للأحوال الشخصية أو تعداد لمنازعاتها بل احالت الى اختصاص المحاكم الشرعية الملغية حيث تنص الفقرة الأولى من المادة السادسة « تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال

الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية ..» ولذلك فان تفسير تلك المادة لتحديد نطاق تطبيقها يقتضى تقصى المواد التى وردت فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى لفظها وفحواها وما جرى عليه العمل فى الفترة السابقة سواء أمام المحاكم الشرعية أو المليـة أو المختلطة وقضـاء النقض .

وبالرجوع الى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا نجد تعريفا للأحوال الشخصية بل نجد فقط تعداد لبعض المسائل التى تختص بها المحـاكم الشرعية وهذا التعداد شـمل « نفقـة الزوجة ونفقة الصغير بجميـع أنواعهـا والنفقـات بين الأقـارب والمهر والجهـاز وحق الحضـانة والحفظ والزواج والمـواد المتعلقـة بالزوجية غير ما سـبق والطلاق والخلـع والمبـارأة والفـرقة بين الزوجين بجميـع أسـبابها الشرعية ودعوى الارث بجميـع أسـبابه فى التركات التى لا تزيد قيمتهـا عن عشرين ألف قرش ودعوى النسب فى غير الوقف » (١) .

والملاحظ على التعداد الوارد فى هذه المواد انه لم يشمل الوصاية والقوامة والحجر فقد أخرجت من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية حيث صـارت من اختصاص المجالس الحسبية بقانون ١٧ أكتوبر ١٩٢٥ كما أن هذا التعداد ليس شاملا لكلا ما يمكن اعتباره من الأحوال الشخصية وبالتالى يوجد مجال للرأى والاجتهـاد تحت رقابة محكمة النقض لأنها مسألة تتعلق بتطبيق القـانون وليست مسألة تحرى وقائع .

ولقد ورد فى المـادة الثامنة من اللائحة المذكورة بصـدد تحديد اختصاص المحكمة الابتدائية الشرعية عبارة « المواد الشرعية غير ما ورد ذكره بالمواد السابقة فما المقصود بالمواد الشرعية ؟ نرى أن المقصود بالمواد الشرعية ، المواد التى تحكمها الشريعة وتنظرها المحاكم الشرعية وهذه تنحصر طبقا لقواعد توزيع الاختصاص بين المحاكم الشرعية والمحـاكم

---

(١) المواد الخامسة والسادسة .

الأهلية فى الأحوال الشخصية » (١) • وبذلك نفهم أن المادة الثامنة تشير الى أحوال شخصية غير ما ورد ذكره بالمادة الخامسة والسادسة دون تحديد مما يضع على الفقه مهمة وضع تعريف للأحوال الشخصية يستهدى به القاضى فى تحديد موادها عند سكوت النص •

ونشير الى أن تعريفا أو تعدادا ورد للأحوال الشخصية فى مواضع أخرى غير لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وعلى وجه الخصوص نص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء المشار اليه وكذا المادة الثامنة والعشرون من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة ، ونرى أن هذه المواد وعلى عكس مواد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية غير ملزمة للقاضى الذى يستطيع أن يذهب الى القوائم الواردة بهذه النصوص أحوال أخرى • فالمادة ١٣ وضعت لتحديد الأحوال الشخصية التى تنظرها المحاكم الوطنية ، وهذه لم تكن تنظر وقت صدور ذلك القانون الا الأحوال الشخصية للأجانب أو العلاقة المختلطة بين أجانب ووطنيين ، اذن لم يكن لها حجية أمام المحاكم الشرعية وبالتالى لا يكون لها فى نظرنا حجية بعد الغاء تلك المحاكم كلما اقتصر النزاع على المصريين • فاذا كان نص المادة ١٣ ملزم للقاضى بالنسبة لقضايا الأجانب فهو استثنائى بالنسبة للمصريين وبالتالى يمكن أن يختلف تكييف علاقة ما ، وقد يعترض البعض بدعوى أنه لا يجوز أن يختلف التكييف فى القانون الواحد (أى القانون المصرى) (٢) ، ولكن لماذا لا يجوز أليس لكل شعب تقاليده ودينه وفكره ، فاذا راعى المشرع فى المادة ١٣ بعض تقاليد الأجانب وبعض ما يقبل فى دينهم وفكرهم فليس بلازم أن نفرضه على المصريين ، من هذا الدوطة والتبنى والانفصال الجسمانى فهى أحوال شخصية بالنسبة للأجانب ولكنها لا تعتبر كذلك بالنسبة للمصريين • ثم ان نص المادة ١٣ منقول نقلا يكاد يكون حرفيا عن المادة ٢٨ من لائحة التنظيم

(١) المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لعام ١٩٤٩ الصادر بعد انتهاء فترة الانتقال • راجع سابقا ص ١٩ هامش ١ •

(٢) صلاح عبد الوهاب : مدونة الأحوال الشخصية لغير المسلمين مصريين واجانب ١٩٥٩ فقرة ١٣٠ •

القضائى المختلط الموضوعة للأجانب ، وسنرى أن الهبة تعتبر من الأحوال العينية بالنسبة للمصريين بينما من الأحوال الشخصية للأجانب .

فى ضوء تلك الملاحظات على نص المادة ١٣ الثالثة عشرة والمادة الثامنة والعشرون يمكن أن نرى فائدة من عرضها كمصادر استئناسية فى تفسير اصطلاح الأحوال الشخصية فى تطبيق قانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ .

تنص المادة الثامنة والعشرون من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة والملحقة باتفاقية مونترو « تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتها المتبادلة والمهر (الدوطة) ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها والعلاقات بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبنى والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالادارة وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت وبالغيبة وباعتبار المفقود ميتا » . ولقد الغيت المحاكم المختلطة والغيت لائحتها وانما نسوق النص على سبيل الاستنادة .

اما نص المادة ١٣ فيقضى « تشمل الأحوال الشخصية المنصوص عليها فى المادة السابقة » (١) المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والاقرار بالأبوة وانكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبنى والولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالادارة وبالغيبة واعتبار

(١) المادة الثانية عشر وكانت تقتصر اختصاص المحاكم الوطنية فيما يتعلق بالأحوال الشخصية على الأجانب الى أن الغيت المحاكم الشرعية بقانون ٤٦٢ عام ١٩٥٥ فصدر فى نفس العام قانون ٤٦١ معدلا تلك المادة وجعل اختصاص المحاكم الوطنية شامل الأحوال الشخصية للمصريين أيضا لكن المشرع فاته أن يعدل المادة ١٣ على النحو الذى يجعله صالح على المصريين .

المفقود ميتا وكذا المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا والتصرفات المضافة الى ما بعد الموت » .

وبمقارنة المادة ١٣ والمادة ٢٨ نجد أن نص المادة ٢٨ اعتبر المهر والدوطة شيئا واحدا بينما ميزت المادة ١٣ بينهما ونجد أن المادة ١٣ ذكرت الولاية بينما اغفلها نص المادة ٢٨ .

بعد كل ما سبق . يمكن لنا أن نذهب الى تعريف الأحوال الشخصية بأنها كل مالا يتعلق بالأعيان ولا يتناول تقويمها وتبادلها وتملكها ويتعلق بالشخص ويتناول تنظيم بدء شخصيته وانتهائها وحالته وأهليته وزواجه وفقده ونسبه .. الخ ويمكن أن يشمل تطبيق القانون الشخصي مسائل مالية تأتى تبعا لعلاقات هى من الأحوال الشخصية بحسب الأصل كالمهر والجهاز وهما يتعلقان بعقد الزواج ويشرط ألا يخرج المال المقدم عن ذلك المعنى .. وأيضا مسائل مالية مندوبة ديانة كالهبات والوصايا والتصرفات المضافة الى ما بعد الموت لما فيها من معنى التبرع والارث المقرر شرعا والوقف لما فيه من معنى البر وقصد الخيرات ويعبر البعض عن تلك الأحوال بالأحوال الشخصية المالية تمييزا لها عن الأحوال الشخصية الزوجية (١) .

ويجب أن يكون واضحا أن تقسيم موضوعات القانون الى أحوال شخصية وعينية ومختلطة خاص بالقانون الخاص أما القانون العام فموضوعاته كالحريات والحقوق السياسية وغيرها من الحريات العامة والقيم القانونية أو حقوق الانسان رغم أنها تتفرع عن وجود الشخص كالانسان أولا وكعضو اجتماعى ثانيا نختار لها اصطلاح « أحوال سياسية أو احوال عامة » . ونشير الى أنه اذا كانت أحوال القانون العام متعلقة بالنظام العام فان أحوال القانون الخاص منها أيضا ما هو متعلق بالنظام العام مثل الأحوال الشخصية .

---

(١) وهذا تعبير خاطىء من الناحيتين ، فليس صحيحا فى الناحية الأولى لأنه الأحوال الشخصية لا تتحدد فى نظرنا — وعلى عكس ما يذهب اليه البعض ، أحمد سلامة ، — الأحوال الشخصية للمواطنين غير المليين ١٩٦٢ ص ٢٩ فقرة ١٨ — بنطاق القانون الشخصى . وليس صحيحا فى الناحية الثانية لأن الأحوال الشخصية ليست قاصرة على الزواج وما يتعلق به .

المطلب الثاني

قضاء الأحوال الشخصية

لابد من الاشارة الى أن القضاء سجل اختلاف المحاكم حول تكيف بعض المسائل وحول نطاق القانون الشخصي بالنسبة للوطنيين :

أولا ـ الخطبة

تعتبر الخطبة صراحة من مسائل الأحوال الشخصية في المادة ١٣ والمادة ٢٨ أما بالنسبة للائحة ترتيب المحاكم الشرعية فانه لم يرد ذكرها في المسائل التي عددتها المادة الخامسة والسادسة ، ورغم ذلك لا خلاف في أنها من الأحوال الشخصية وذهب البعض الى اعتبارها داخلة تحت العبارة الواردة بالمادة السادسة في الفقرة العاشرة « المواد المتعلقة بالزوجية » على أساس أن كل ما يتعلق بالزواج سواء تهيئة المرء له أو عقده أو آثاره بعد اتمامه . كل هذا يعد من أمور الزوجية (١) . واعتبرتها بعض المحاكم داخلة تحت عبارة « المواد الشرعية » الواردة بالمادة الثامنة ولا تدخل تحت عبارة المواد المتعلقة بالزوجية على أساس أن الخطبة أمر سابق على الزواج بينما الأمور المتعلقة بالزواج تكون تالية له (٢) . وقالت محكمة الاسكندرية أن الخطبة هي مما يتعلق بالمسائل الزوجية بمعناها الواسع لانها تمهد للزواج واجراءاتها جزء منه (٣) .

ثانيا ـ الدوطة

بالنسبة للدوطة فانه يوجد خلاف حول ما اذا كانت تخضع للقانون الشخصي أو لا . فلم يرد ذكرها في نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م الخامسة والسادسة) أما المادة ١٣ من قانون نظام القضاء فقد اعتبرتها صراحة من الأحوال الشخصية وميزتها عن المهر ، بينما

---

(١) تعليق على ـ طنطا الابتدائية ١٩٥٦/٤/٢ القضية ٤ سنة ٥٦ ك صالح حنفي المرجع السابق رقم ٥٣٧ وتعليق على الاسكندرية الجزئية جلسة ٢٠ فبراير سنة ٥٦ القضية ١٩ لسنة ٥٦ ك صالح رقم ٥٤٢ .

(٢) حكم طنطا المشار اليه .

(٣) حكم الاسكندرية المشار اليه .

المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى المختلط اعتبرتها من الأحوال الشخصية لكن خلطت بينها وبين المهر واعتبرتها شيئا واحدا . والصحيح هو ما جاء بالمادة ١٣ . والراجح فقها وقضاء ان الدوطة بالنسبة للمصريين مسلمين أو غير مسلمين ليست من الأحوال الشخصية (١) ولا تخضع للقانون الشخصى الا أن الاتفاق بشأنها عقد مدنى غير مخالف للنظام العام فى محله أو فى سببه . « فالدوطة تختلف عن المهر ، فالمهر كما هو معروف — هو المال الذى يدفعه الزوج لزوجته بمناسبة زواجهما ومن المسلم به أنه من الأحوال الشخصية أما الدوطة فهى المال الذى تقدمه الزوجة لزوجها عند زواجهما وذلك للانتفاع بها فى تحمل اعباء الحياة الزوجية عن طريق استغلال الزوج لها » (٢) . وعلى هذا سار قضاء محكمة النقض المصرية حيث قضت « ان الدوطة ليست ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه اذ الزواج يتم صحيحا بدونها واذا تعهدت الزوجة أو أحدا من أهلها « بدوطة » للزوج فلا يترتب على الامتناع عن دفعها اليه فسخ الزواج بل يكون له فقط حق المطالبة بها على أساس أن التعهد بها يتولد عنه نزاع مدنى فالنزاع المتعلق بالدوطة هو نزاع بعيد عن المساس بعقد الزواج وما هو متعلق بالزواج ومن ثم فهو من اختصاص المحاكم المدنية » (٣) وقضت فى حكم آخر « ان الاتفاق بين المصريين على أن تقدم الزوجة » «دوطة » بائنة تسلم الى الزوج عند الزواج للانتفاع بغلتها فى تحمل اعباء الحياة الزوجية هو اتفاق ذو طابع مالى ومن ثم يخضع لحكم القواعد العامة ولما تنصرف اليه ارادة عاقدية والعرف الجارى بين أفراد الطائفة التى ينسبون اليها فيما لا مخالفة فيه لقواعد النظام العام (٤) .

---

(١) توفيق فرج المرجع السابق ص ٤٥ .

(٢) توفيق فرج المرجع السابق — نفس المكان .

(٣) نقض جلسة ١٩٤٣/٥/٢٧ طعن رقم ٥ سنة ١٣ ق مجموعة القواعد القانونية التى أقرتها محكمة النقض فى الفترة من ١٩٣١ — ١٩٥٥ ص ١٤٠ .

(٤) محكمة النقض جلسة ١٩٥٢/٦/١٢ القضية ١٠٢ سنة ١٢ ق صالح حنفى المرجع السابق رقم ٥٦٨ .

ثالثا ـ الجهاز

لقد اعتبرت محكمة النقض الدعوى المتعلقة بالجهاز دعوى مدنيـة لقد قضت فى حكم لها بأن « الدعوى التى ترفعها المطلقة بمطالبة مطلقها برد جهاز الزوجة أو بدفع ثمنه عند تعذر رده هى دعوى مدنية بحتة من اختصاص المحاكم الأهلية وليس فيها ما يصح أن يدخل فى اختصـاص القضاء الشرعى أو ما يصح أن تنطبق عليه أحكام الشريعة » (١) وقضت فى حكم آخر انه « اذا كان المبلغ المحكوم به من المحاكم الشرعية على الزوج برده لزوجته ووالـدها انما مبلغ حصـل الاتفاق على اعـداد الجهاز به أى أنه ثمن لجهاز لم يتم شراؤه فالنزاع على هذا المبلغ ـ ولو كان بعضه فى الأصل مقدم الصداق ـ هو نزاع مالى صرف مما تختص به المحـاكم المدنية ، لا نزاع على مسـألة من مسـائل الأحوال المختصة بها المحاكم الشرعية » (٢) .

هذا القضاء يخالف نص المادة الخامسة والسادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى اعتبرت الجهاز من المسائل التى تختص بها المحاكم الشرعية وتخضع للشريعة الدينية فضلا عن انه من الأمور المتعلقة بالزواج فلا زواج بدون جهاز وتبدو بالنسبة له أسئلة كثيرة مثل على من يجب تقديم الجهاز ، وهل يجب رد الجهاز عند التفرقة . الخ أسئلة يجب أن تخضع لنفس الشريعة التى يخضع لها الزواج .

رابعا ـ المهر والنفقة وبدل الخلع

لاخلاف فى أن هذه الأمور تخضع للقانون الشخصى وقـد قضت محكمة النقض بأن « المحاكم المدنية ممنوعة من النظر فى المسائل المالية المترتبة على روابط الأحوال الشخصية من مهر ونفقة أو بدل خلع الا اذا

---

(١) ، (٢) نقض جلسـة ١٩٤٥/٤/١٩ الطعنان رقم ١٠٦ ، ١٢٩ سنة ١٤ ق مجموعة القواعد ص ١٣٩ .

كانت تلك المسائل ثابتة أصلا ومقدارا من جهة الاختصاص الأصلية أى المحاكم الشرعية وكانت مرفوعة اليها للنظر فى المطالبة المدنية فقط » (١).

خامسا ـ الطاعة

تعتبر دعوى الطاعة الزوجية من مسائل الأحوال الشخصية وقضت محكمة النقض « ولما كان حكم الطاعة حكما فى مسألة هى بلا جدال من صميم الأحوال الشخصية لا يمس حقا ماليا ولا يحتمل تنفيذا على المال فان أى نزاع يقوم بشأن هذا الحكم لا تختص به المحاكم المدنية » (٢).

سادسا ـ النفقة

تعتبر النفقة بين الأصول والفروع والنفقة بين ذوى الأرحام الذين يرث بعضهم بعضا من الأحوال الشخصية أما النفقة بين غير هؤلاء من الأحوال المدنية ويكون من اختصاص المحاكم الأهلية (٣). وهذا يطابق نص المادة الخامسة والسادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وان كانت عبارة تلك المواد وردت عامة حيث جاء نصها « نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة بين الأقارب » ولكن ما ذهبت اليه محكمة النقض وقصرها على ذوى الأرحام الذين يرث بعضهم بعضا اجتهاد تؤيده، لأن امتداد القانون الشخصى الى النفقات عموما مشروط بأن تظل تابعة لما يعتبر أصلا من مسائل الأحوال الشخصية كنفقة الزوجة ونفقة الأولاد أو أن تظل مندوبة ديانة كنفقة الأصول والنفقة بين الأقارب ذوى الأرحام باعتبار ذلك امتداد لصلة الرحم التى أوصى بها الدين، ثم ان هذا القضاء استند فى هذا التخصيص الى المواد ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧ من القانون المدنى الملغى.

---

(١) نقض جلسة ١٩٣٧/١٠/٢٨ طعن رقم ٨١ سنة ٦ ق مجموعة القواعد ص ١٤٠.

(٢) نقض جلسة ١٩٥٠/١/٥ طعن رقم ٧ سنة ١٨ ق مجموعة القواعد ص ١٣٥.

(٣) نقض جلسة ١٩٣٢/١١/٣٠ طعن رقم ٥٤ سنة ٣ ق مجموعة القواعد ص ١٣٦.

سابعا - ميراث غير المسلمين ووصاياهم

ميراث غير المسلمين كميراث المسلمين يعتبر من أهم ما ترك للقانون الشخصى ولو أنه يتعلق بأمور مالية ، وذلك لارتباطه بتعاليم دينية صادرة فى هذا الشأن ولذلك فهو يخضع لحكم الشريعة الدينية . ومع ذلك فانه يجب مراعاة شىء هام وهو أن قضاء النقض سار على أن مواريث المصريين غير المسلمين تجرى وفق أحكام الشريعة الاسلامية مالم يتفق الورثة الذين تعترف الشريعة بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك (١) ولم يخرج قانون ١٤ مايو ١٨٨٣ الصادر بترتيب مجلس طائفة الأقباط الأرثوذكسى - على حسب رأى المحكمة - عن تلك القاعدة ، فأشارته لمسألة المواريث من بين اختصاصات المجلس لا يفهم منها أن يكون الحكم حسب الشريعة المسيحية ، بل لابد ان يتفق كل الورثة على ذلك فيعمل باتفاقهم الذى هم احرار فيه ماداموا يكونون أهلا للتصرف فى حقوقهم)) .

ويفهم من هذا القضاء أمور اربعة :

١ - ان أرث غير المسلمين المصريين حيث أنها تجرى وفق الشريعة الاسلامية فان المحاكم الشرعية كانت هى المختصة بنظر دعوى الأرث الا اذا اتفق الورثة على تحكيم المجلس الملى فالاختصاص لا يكون للمجلس الملى بالاتفاق فهو اختصاص اختيارى ولا يشترط أن يكونوا متحدين فى الملة .

٢ - فى حالة اختصاص المجلس الملى فان ذلك المجلس كان عليه أن يحكم طبقا للشريعة الاسلامية .

٣ - يجوز للورثة أن يتفقوا أمام المجلس الملى أن تطبيق الشريعة المسيحية والمقصود شريعة المتوفى (١) وهى تطبق فقط فيما يتعلق بتوزيع الميراث بين الورثة ولا يجوز هذا الاتفاق أمام المحاكم الشرعية .

---

(١) نقض جلسة ١٩٣٥/٥/٣٠ طعن رقم ٩ سنة ٤ ق مجموعة القواعد ص ٩٨٨ .

٤ — تحديد من هم الورثة يكون فى جميع الأحوال وفقا للشريعة الاسلامية وبذلك يكون فضل هذا القضــاء انه وجد القانون بالنسـبة للمصريين بخصوص تعيين الورثة .

٥ — أما فيما يتعلق بالوصية فقد قضى أنها تجرى وفق أحـكام الميراث وتخضع معه لشريعة واحدة فلا يجوز للشخص أن يوصى وفق قانون ثم يرثه ورثته وفق قانون آخر وقد لا يجدون تركه يرثونها اذا أعمل القـانونان (١) وعلى ذلك فالوصية لا تخضع لشريعة المتوفى غير المسلم الا اذا اتفق الورثة والموصى له على تطبيقها .

ثامنا — النسب

ان اثبات النسب قد يثار بصفة مستقلة كدعوى يرفعها شخص حى ضد شخص آخر حى لاثبـات نسبه منه أو العكس ، وقد يثار بصفة تبعية أثناء نظر دعوى الارث وهنـا يحاول شخص يدعى الارث من المتوفى أثبـات نسـبه منه والدعوى ترفع منه ضد باقى الورثة . وفى الحالة الأولى الرأى الراجح يرى أن اثبات النسب من الأحوال الشخصية تختص بنظرها مجالس الطوائف بالنسـبة لغير المسلمين اذا اتحدوا ملة، أما اذا أثيرت أثناء نظر دعوى ارث ، فقد سبق ان رأينا ان دعوى الارث لغير المسلمين تنظرها المحاكم الشرعية فهل تفصل المحـاكم الشرعية فى اثبات النسب . انقسم الرأى سواء بين الفقهاء أو المحاكم فذهب رأى الى أن على المحكـمة الشرعية أن توقف الفصـل فى الدعوى الأصلية « دعوى الميراث » حتى يفصل فى دعوى النسب لدى الطائفة المختصة وذلك لأن القول باختصاص المحاكم الشرعية بدعوى الميراث عند عدم الاتفاق يقتصر فقط على توزيع الميراث ولا يجب أن يشـمل النظر فى اثبات النسب وذلك لدخول النظر فى مسائل النسب فى الاختصـاص

---

(١) نقض جلسة ١٩٤٣/٤/١ طعن رقم ٦٦ سـنة ١٠ ق مجموعة القواعد ص ١٣٦ .

الاجبارى للمجالس الطائفية طبقا لما ورد فى بعض التحريرات السامية الصادرة لبعض البطريركخانات وذهب رأى آخر يرى اختصاص المحكمة الشرعية بالفصل فى مسائل اثبات النسب التى قد تبدو مسألة ضرورية قبل الحكم فى موضوع دعوى الارث وذلك « لأنه لا يمكن التسليم بأن وظيفة المحاكم الشرعية تقتصر فى هذه المادة الهامة على مجرد اثبات الورثة ولا تتناول مسألة النسب الذى هو أساسها فان وظيفة المحاكم الشرعية هى اثبات الوراثة بأسبابها الشرعية التى منها النسب (١) ولعل هذا الخلاف لم يعد له محل بعد توحيد القضاء والغاء المحاكم ونرى أن النسب سواء أثير بصفة تبعية أو بصفة مستقلة هو دائما من الأحوال الشخصية ويجب أن تراعى أحكام المادة السادسة من قانون ٤٦٢ بخصوص تحديد الشريعة الواجبة التطبيق .

وقضاء النقض فى عمومه المشار اليه يفسره وجهة نظرها فى اختصاص المجلس الملى فهى ترى « أن المقصود بالأحوال الشخصية التى من اختصاص المجلس المذكور لا يمكن أن يكون الا من المواد المذهبية أو الروحية التى لا تتصادم مع القواعد الأساسية العامة فى التشريع والتقاليد المتبعة فى ذلك ازاء الطوائف الملية والتى لم يرد المشرع الخروج عنها بأى حال » (٢) .

المطلب الثالث

توحيد القانون فى كثير من الأحوال الشخصية

نشير الى أن كثيرا من مسائل الأحوال الشخصية المشار اليها صدر بشأنها قواعد موحدة تسرى على المصريين جميعا دون تمييز بسبب الدين ، كما هو الحال فى مسائل الأهلية والولاية والوصايا والقوامة والحجر والاذن بالادارة والغيبة حيث يطبق قانون ١١٩ لعام ١٩٥٢ والمواد ٤٤ الى ٤٨ من القانون المدنى على جميع الوطنيين . وكذلك فى

---

(١) ورد عرض لهذا الاختلاف فى أحمد صفوت المرجع ص ٢٥ .

(٢) نقض جلسة ١٩٤٣/٤/١ طعن رقم ٦٦ سنة ١٠ ق مجموعة القواعد ١٣٦ .

المسائل المتعلقة بالفقد وأثره على الشخصية القانونية أى المفقود ميتا يطبق قانون رقم ٢٥ لعام ١٩٢٩ ، وقواعد بدء الشخصية وانتهائها والقرابة والاسم واللقب والأهلية الواردة فى القانون المدنى تسرى على الجميع . وفيما يتعلق بالهبة فان القانون المدني المصرى رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨ اعتبر الهبة عقدا مدنيا وفصله تفصيلا كاملا ومنذ ذلك التاريخ تعتبر الهبة بلا خلاف من الأحوال العينية بالنسبة للمصريين جميعا (١) .

وغنى عن البيان أنه بخصوص المسائل التى وردت بشأنها قواعد موحدة يكون الالتجاء الى فكرة الأحوال الشخصية أصبح عديم الفائدة فى تحديد القانون الواجب التطبيق ، بل انه يكون بدون فائدة أثاره موضوع تكييفها » (٢) .

بقى أن نشير الى أنه مع ذلك تبقى بعض المسائل التى يختلف الفقه حول ما اذا كان التوحيد شملها أم لا — وهى المواريث — وقواعد الاجراءات المتعلقة بالأحوال الشخصية — وقواعد الاثبات فى مسائل الأحوال الشخصية .

أولا — قوانين المواريث والوصايا

عندما صدر قانون رقم ٢٥ لعام ١٩٤٤ الخاص بالميراث جاء مؤكدا لما سارت عليه محكمة النقض وقرر أن الشريعة الاسلامية هى قانون البلد (أى مصر) فيما يتعلق بالمواريث والوصايا وانه اذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته الذين تثبت لهم حق الارث فى حكم الشريعة الاسلامية وقوانين المواريث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى .. وبذلك بقى فى هذا القانون ترك المواريث لحكم الشرائع الدينية .

---

(١) أما بالنسبة للأجانب فانه لما كانت الهبة طبقة للمادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية فان المشرع بعد انتهاء فترة الانتقال والغاء المحاكم المختلطة مراعاة منه لمصلحة الأجنبى نص فى قانون ١٤٧ لعام ١٩٤٩ المعروف بقانون نظام القضاء على اعتبار الهبة من الأحوال الشخصية للأجانب اذا كان قانونهم يعتبرها كذلك .

(٢) سمير تناغو — احكام الأسرة للمصريين غير المسلمين ص ٣٣ .

صدر بعد ذلك القانون المدنى وورد بالمادة ٨٧٥ والمادة ٩١٥ احالة الى الشريعة الاسلامية فتنص المادة ٨٧٥ « تعيين الورثة وتحديد انصبائهم فى الارث وانتقال أموال التركة اليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها » وتنص المادة ٩١٥ « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية الصادرة فى شأنها » وبالنظر الى أن هذه المواد وردت فى التشريع المدنى والقاعدة أنه لايجوز الالتجاء الى الدين كمصدر رسمى للقاعدة القانونية الا فى حالة سكوت التشريع ، وهنا التشريع قد حدد مصدر الأحكام فى المواريث والوصايا بانها الشريعة الاسلامية دون تمييز بين مسلم أو غير مسلم ويكمل الشريعة الاسلامية القوانين الصادرة فى شأنهما . أمام هذا كان لابد أن يطرح فى الفقه التساءل عما اذا كانت المواريث والوصايا أصبحت تخضع لقواعد موحده تعتبر قواعد وضعية أو تشريعية لأن المشرع أمر بهـا ولا ينظر للشريعة الاسلامية هنا فى تطبيقهـا على غير المسلمين بأنهـا تطبق بصفتها دين .

ذهب جانب من الفقه الى أن نصوص القانون المدنى ألغت قانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، وأن مواريث ووصايا المسلمين وغير المسلمين تخضع لقواعد موحدة ، ويؤيدون وجهة نظرهم بما ورد فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى من أن قانون الملة لا يطبق حتى ولو اتفق الورثة على أن ينطبق ، كما أن روح نصوص قانون المواريث وقانون الوصية تعبر عن الاتجاه فى وضع قواعد موحدة فى هذه المسائل (١) . بينما ذهب جانب آخر فى الفقه الى أن نصوص القانون المدنى تعتبر نصوص عامة أما قانون ٢٥ لعام ١٩٤٤ فهو قانون خاص والعام لا يلغى الخاص وبالتالى فان مواريث ووصايا غير المسلمين يجب أن يراعى بشأنها أحكام ذلك القانون (٢) ، ونحن نؤيد ذلك الرأى الثانى لأن ما يرد فى الاعمال التحضيرية ليس له حجة اذا خالف قواعد الالغاء ، فاذا كان المفسر يجوز

---

(١) جميل الشرقاوى الأحوال الشخصية لغير المسلمين الكتاب الأول الزواج ص ٥ — سمير تناغر المرجع السابق ص ٣٥ .

(٢) توفيق فرج — المرجع السابق ص ٦٩ ، ٨٥ — عبد الودود يحيى أحكام قانون الأسرة ١٩٧١ ص ٢٦ وص ٣١ هامش ١ .

له الرجوع الى الأعمال التحضيرية للقانون فان ذلك لا يجيز له أن يخالف قواعد مستقرة تعد من أصول القانون .

بعد صدور قانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ ، اذا قلنا طبقا للتحليل السابق أنه يجوز للورثة الذى عينتهم الشريعة الاسلامية أن يتفقوا على تطبيق شريعتهم ، فيمكن أن نتسائل هل يكفى الاتفاق بين الورثة على الأحكام الى شريعة المتوفى أم يلزم توافر باقى الشروط الأخرى التى يتطلبها ذلك القانون لتطبيق الشرائع غير الاسلامية ومنها الاتحاد فى الملة والطائفة . انقسم الرأى فى الفقه ، فيرى البعض أنه يلزم توافر تلك الشروط (١) ، بينما يرى البعض العكس (٢) وحجتهم أن نص المادة السادسة فقرة ثانية من قانون ٤٦٢ يقتصر تطبيقها على الحالات التى لا يشترط فيها الاتفاق لجعل الاختصاص (للمجلس الملى) أو الشريعة الطائفية . ونؤيد من جانبنا هذا الرأى الثانى حيث أنه عند عدم اتفاق الورثة الذين عينتهم الشريعة الاسلامية على الاحتكام الى الشريعة الطائفية والملة مما يخالف أحكام ذلك القانون اذا كان هو المعول عليه فى تحديد الشريعة الواجبة التطبيق ، أما وحيث أن الأمر على غير ذلك بالنسبة للمواريث والوصايا وأن الاتفاق كما جاء فى قاون ٢٥ لعام ١٩٤٤ وما جرى عليه قضاء محكمة النقض هو الشرط الوحيد لتطبيق الشريعة الطائفية . كما أنه فى حالة عدم الاتفاق يكون الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق بصرف النظر عن شروط قاون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ .

ثانيا — قواعد الاجراءات المتعلقة بالأحوال الشخصية

تنص المادة الخامسة من قانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ « تتبع أحكام قانون المرافعات فى الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصة والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال

---

(١) عبد الودود يحيى — المرجع السابق فقرة ١٦ ص ٢٧ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلط ١٩ يونيو ١٩٠١ مشار اليه فى احمد صفوت المرجع السابق ص ٢٣ .

التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها » والاحالة الى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى هذه المادة قاصر على قواعد الاجراءات والتى بقيت سارية ولم تلغ فيجب اتباعها فى الأحوال التى وردت فيها وبصفتها قانون موحد ، وفى الاجراءات الأخرى المسكوت عنها فى اللائحة تتبع أحكام قانون المرافعات كقانون موحد أيضا . وباختصار فاننا نرى مع بعض الفقهاء وأحكام المحاكم أن تعدد الشرائع الدينية فى الأحوال الشخصية قاصر على الأحكام الموضوعية أما الاجراءات فهى موحدة سواء كانت المنازعة من مسلمين أو غير مسلمين اتحدوا فى الملة أو اختلفوا . ان نص المادة السادسة وهو يواجه الأحكام الموضوعية ميز بين منازعات المسلمين أو غير المسلمين وميز فى هذا القسم بين منازعات المسلمين المتحدين فى الملة والطائفة أو المختلفين لكن شىء من ذلك كله لم يرد فى المادة الخامسة واذا قيل بأن المادة السادسة شاملة للقواعد الموضوعية والاجراءات فلماذا كان نص المادة الخامسة . وأخذت غالبية الأحكام بهذا التفسير فحكمت محكمت استئناف طنطا أن « اتباع أرجح الاقوال من مذهب أبى حنيفة المنصوص عليه فى المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون ٧٨ لعام ١٩٣١ الذى نص قانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ على استيفائها أمر متعلق بالقواعد والأحكام فى فقه الشريعة لا بقواعد الاجراءات وطرق الاثبات » (١) وحكمت محكمة الاقصر الجزئية « لا جدال فى أن المنازعات التى قصد الشارع الاحتفاظ لها بطابعها الخاص تاركا أمر صدور الحكم فيها الى شرائع الطوائف المختلفة انما هى المنازعات الموضوعية أما الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية فليس ثمة مبرر يقتضى أن تتنوع أو تتباين لعدم مساسها بالعقائد ولهذا كان الشارع موفقا عندما نص فى المادة الخامسة من القانون المذكور على أن تتبع أحكام قانون المرافعات » (٢) وقالت محكمة دمنهور الجزئية « من

---

(١) استئناف طنطا جلسة ١٩٥٧/١/٤ قضية رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٦ صالح حنفى — المرجع السابق رقم ١ .

(٢) الأقصر الجزئية جلسة ١٩٥٦/٤/١٤ قضية رقم ٤٩ سنة ٥٦ صالح حنفى المرجع السابق رقم ٥٥٦ .

المقرر قانونا أن الأحكام تصدر من فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المتحدين الطائفة والملة والذين لهم جهات قضائية منظمة وقت صدور قانون توحيد القضاء طبقا للأحكام الموضوعية والخاصة بشريعتهم •اما فى مسائل الاجراءات المتعلقة فتتبع لائحة المحكمة الشرعية وقانون المرافعات حسبما أبانت المادتان ٥ ، ٦ من قانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ »(١) •

ثالثا ـ الاثبات

وبالنسبة لقواعد الاثبات يبدو أن تحديد ما يتعلق منها بالموضوع وما يتعلق منها بالاجراءات أمر دقيق وله أهميته ، فاذا قلنا أن قواعد الاثبات جميعها تدخل فى قواعد الاجراءات فانها بذلك تندرج تحت نص المادة الخامسة من قانون ٤٦٢ وتعتبر موحدة بالنسبة للجميع •

ولقد ذهبت محكمة النقض الى التمييز بين الدليل واجراءات الدليل فهذه الأخيرة وهى تشمل بيان لوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الاجراءات الشكلية تخضع لقانون المرافعات تطبيقا لنص المادة الخامسة أما قواعد الاثبات المتصلة بذات الدليل وبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانونى فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة للقانون الواجب التطبيق موضوعيا حتى لا يكون هناك اخلال بحق المتخاصمين فى تطبيق شريعتهم (٢) •

وبناء عليه نرى مع بعض الفقهاء أن تحديد وسائل الاثبات بصفة عامة من القواعد الموضوعية لا القواعد الاجرائية • وبناء عليه فانها تخضع للشريعة الواجبة التطبيق • وأن ماورد خاص بطرق اثبات الزواج فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يجب تطبيقه فقط فى حالة ما اذا كانت

---

(١) دمنهور الجزئية ١٩٥٨/٣/٤ قضية ١٠٢ سنة ١٩٥٧ صالح حنفى ـ المرجع السابق رقم ٥٥٨ . وذهبت الى نفس الرأى القاهرة الابتدائية جلسة ١٩٥٦/١١/٥ القضية رقم ٢٢٩٩ سنة ٥١ صالح حنفى المرجع السابق رقم ٦٣١ .

(٢) محكمة النقض ـ الطعن رقم ٤٨ لسنة ٣٠ احوال شخصية جلسة ٢ يناير ١٩٦٣ مجموعة المكتب الفنى السنة الرابعة عشرة العدد الأول ص ٣٢ .

الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق • مثل المادة ٤/٩٩ ومفادها أن الزواج لا يثبت الا بالاقرار أو بوثيقة رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس ١٩٣١ لا يمكن تعميمها على زواج المسلمين وغير المسلمين باعتبارها من قواعد الاجراءات انها قاعدة موضوعية ينحصر تطبيقها على نطاق تطبيق الشريعة الاسلامية (١) •

ومن جانبنا نؤيد ما ذهبت اليه محكمة النقض من ضرورة التمييز بين نوعين من القواعد •

المطلب الرابع

احوال شخصية بقيت خاضعة لتعدد الشرائع الدينية

نستطيع أن نقول أن الأحوال الشخصية التى لم يصدر بشأنها تشريع موحد للمسلمين وغير المسلمين هى الانكحة أى الزواج وحقوق الزوجين وواجباتها كالالتزام بالطاعة والنفقة واثبات النسب للأولاد • ولم يصدر تشريع خاص موحد بزواج غير المسلمين على اختلاف مللهم وطوائفهم ، ونحن من جانبنا لا يمكن أن نطالب بتوحيد شامل ، لأن الزواج بصفة خاصة كان محل اهتمام الديانات اليهودية والمسيحية والاسلام ، ولو أن هذا الاهتمام لم يصل الى حد اعتباره فرضا أوعقيدة وانما اقتصر على أن حثت عليه ورغبت فيه وحرمت الزنا ووردت كثير من أحكامه فى الكتب المقدسة وأقوال الرسل وفتاوى العلماء حتى أن هذه الأحكام ارتبطت بالضمير الدينى عند أصحاب كل ديانة وملة وطائفة وأصبح المشرع الوضعى يتحرج فى أن يخرج عنها عند تنظيمه لعقد الزواج •

فصعوبة التوحيد ليست صعوبة صياغة فمن السهل فى جميع الأحوال أن يوضع قانون ولكن القانون لا يقاس بدقة صياغته وانما بمدى احترامه لدين المجتمع وقيمه وتراثه وفلسفته السياسية والاجتماعية ، ان

---

(١) جميل الشرقاوى — المرجع السابق ١٩٧٣ ص ٢٢٤ • وراجع لاحقا ص ٥٦ .

التجرء مرة واحدة على تخطى أو تناسى هذه العوامل من شأنه أن يؤدى فى النهاية الى تجرؤ أكبر قد يأتى على الانسان نفسه الذى سيكون فريسة وهم الحاكم وأعوانه من عظماء السلطة التشريعية أو التنفيذية .

المبحث الثانى

شروط تطبيق الشرائع غير الاسلامية

تنص المادة السادسة فى فقرتها الثانية « أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جبهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هدا القانون فتصدر الأحكام ـ فى نطاق النظام العام ـ طبقا لشريعتهم » .

من هذا النص تتبين أن شروط تطبيق الشرائع غير الاسلامية هى :

١ ـ أن يكون النزاع متعلق بالأحوال الشخصية الخاضعة للقانون الشخصى .

٢ ـ أن يكون النزاع خاص بالمصريين غير المسلمين .

٣ ـ أن يكونوا غير مسلمين متحدين فى الملة والطائفة والديانة .

٤ ـ أن يكون للطائفة التى ينتمى اليها أطراف النزاع جهات قضائية منظمة وقت صدور القانون فى الفترة السابقة .

٥ ـ ألا تتعارض الأحكام التى تقضى بها الشريعة الطائفية مع النظام العام .

اذا توافرت هذه الشروط طبقنا الشريعة التى ينتمى اليها أطراف النزاع واذا تخلف أى شرط من هذه الشروط امتنع تطبيق الشريعة غير الاسلامية وطبقنا الشريعة الاسلامية ـ ومع ذلك فهناك بعض القواعد القليلة التى لم تراعى فى تطبيقها هذه الشروط . كقواعد المواريث والوصايا كما سبق أن بينا وكقواعد الطلاق والتطليق كما سنبين فى حينه .

من بين هذه الشروط المطروحة الأول وقد سبق بحثه والشرط الثاني وهو كما يبدو واضح ولا يبقى محل للبحث الا الشروط الثلاثة الأخيرة . ونخصص لكل منها مطلبا .

المطلب الأول

أن يكون الخصوم غير المسلمين متحدين في الملة والطائفة تعداد :

الاتحاد في الطائفة والملة — الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه ذلك الاتحاد — حكم التغيير الذي يطرأ على ملة أحد الخصوم .

أولا — الاتحاد في الطائفة والملة

تنص المادة السادسة في فقرتها الثانية « أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة .. »

يلاحظ أن النص لم يشترط صراحة أن يكون الخصوم متحدين في الديانة فهل هذا غير مطلوب ؟ الفقه متفق على أن شرط الاتحاد في الديانة مستفاد بطريق اللزوم والاقتضاء لأن الخصوم ان لم يكونا متحدين في الديانة فكيف يكونوا متحدين في الملة والطائفة .

انما الخلاف في الفقه يدور حول هل يكفي الاتحاد في الديانة والمذهب فكل ديانة من الديانات غير الاسلامية تنقسم الى مذاهب (المذهب عند البعض يسمى بالملة وعند البعض بالطائفة) وكل مذهب يضم عدة فرق (الفرقة تسمى عند البعض بالملة وعند البعض بالطائفة).

يرى بعض الفقهاء أنه يكفي الاتحاد في الديانة والملة (بمعنى المذهب بين أطراف النزاع ولو كانوا ينتمون الى طوائف مختلفة لتطبيق شريعتهم أن شريعة الملة أو المذهب . فيكفي أن يكون الخصوم مسيحيين كاثوليك أو مسيحيين بروتستانت أو مسيحين أرثوذكس لتطبيق شريعة المذهب الكاثوليكى أو البروتستانتى أو الارثوذكسى ولو كان أحدهم قبطى

والآخر أرمنى .. الخ (١) . وهذا الرأى مرفوض من أغلب الفقهاء ويكاد أن يظل رأيا فرديا لانه يخالف صريح نص المادة السادسة فقرة ثانية ، فهى اعتبرت أن الطائفة والملة شيئين مختلفين وليسا مترادفين وهذا يقتضى ضرورة الاتحاد فى المذهب والفرقة . ثم أنه يخالف الشرط الثانى لتطبيق الشريعة الطائفية فالنص يشترط أن تكون للخصوم جهات ملية منظمة وحقيقة الأمر أنه لم توجد جهات قضائية ملية وانما كان يوجد قضاء طائفى ثم أنه يخالف ما استقر عليه العمل لدى محكمة النقض قبل قانون ٤٦٢ ، فمن باب أولى يكون عدم الأخذ به فى ظل قانون ٤٦٢ ، فأحكام النقض قبل كثيرة فى اشتراط الواحدة الطائفية (٢) . ثم أن القوانين التى صدرت منظمة لبعض الطوائف قصرت وظائف المجلس على النظر فيما يجعل بين أبناء الطائفة (أو الملة بمعنى الفرقة) .

وشرط اتحاد الطائفة رغم لزومه بمقتضى النص الا أنه لا محل له بالنسبة للبروتستانت حيث أنهم فى مصر معتبرون طائفة واحدة ، أما بالنسبة للكاثوليك فيبدو أنه يمكن تركه حيث أنه رغم تعدد طوائف الكاثوليك الا أنهم يخضعون لقانون موحد ومع ذلك فان الفقه يرى « أنه حتى بالنسبة للكاثوليك ولو أن قواعدهم واحدة الا أن روح تطبيق هذه القواعد تختلف من طائفة الى طائفة لما لكل طائفة من طابع خاص وتقاليد لصيقة بها تؤثر فى فهمها وتفسيرها للقواعد الواجبة التطبيق كالأقباط الموارنة (٣) أما بالنسبة للأرثوذكس فان الشرط يبدو لازما حيث أن بين قوانين طوائف الارثوذكس الاختلافات الكثيرة فاذا اختلف الخصوم فى الطائفة صعب تطبيق قانون الطائفة التى ينتمى اليها

---

(١) الرأى لحلمى بطرس — انظر فى عرض ذلك الرأى والرد عليه — جميل الشرقاوى المرجع السابق ١٩٧٣ ص ٣٠ . اهاب حسن اسماعيل أصول الأحوال الشخصية لغير المسلمين فقرة ٦٦ وما بعدها — وتوفيق فرج المرجع السابق فقرة ٤٩ ص ١٧٧ وما بعدها — وصلاح عبد الوهاب المرجع السابق فقرة ٦٧ .

(٢) نقض ١٩٥٦/٦/٢٦ طعن رقم ٦ سنة ٢٥ ق — ونقض ٥٦/٦/٢٦ طعن رقم واحد سنة ٢٥ ق . صالح المرجع السابق رقم ٢٤/٢٣ .

(٣) توفيق فرج — المرجع السابق ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

أحدهم لانه لا مرجع لتغليب قانون طائفة على أخرى ولذلك آثر المشرع أن يطبق الشريعة الاسلامية حلا لهذا التنازع .

وهناك حالة واحدة لا يعتد فيها بالاتحاد فى الطائفة والملة أواختلافهما وهى حالة المرتد عن الاسلام ، فهو فى جميع الحالات يعتبر لا دين له طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية فهو فقد دينه الاسلام ولا يقر على دينه الجديد ولو كان من الديانات السماوية ولا تسمع أى دعوى متعلقة بنكاحة حيث أنه يعتبر نكاح غير قائم شرعا وكل ما تملكه ويجب عليها عمله هو الحيلولة بينهما لأن معاشرتهما لا تقرها الشريعة الاسلامية (٢).

ثانيا - تحديد الوقت الذى يجب ان يتوافر فيه الاتحاد فى الطائفة

الفقه متفق على أنه ينبغى فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة السادسة وهى الخاصة بشريعة غير المسلمين أن يكون الخصوم متحدين فى الملة والطائفة وقت رفع الدعوى . واستند الفقه فى ذلك الى المادة السابعة من نفس القانون (ق ٤٦٢/١٩٥٥) التى يفهم منها بمفهوم المخالفة انه اذا غير أحد الخصوم ملته أو طائفته قل رفع الدعوى فانه يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة السادسة . فهذا التغيير قد يجمعهم فى وحدة طائفية أو قد يخرجهم من وحدة طائفة وفى كلتا الحالتين يجب أعمال النتائج القانونية المترتبة على الحالة الجديدة بتطبيق أو عدم تطبيق الشريعة الطائفيه وعلى ذلك فبالنسبة للزواج لا يكفى أن يكون الزوجين متحدين فى الملة الطائفية وقت الزواج بل يجب أن يستمر ذلك الاتحاد الى وقت رفع الدعوى حتى يمكن التمسك بقانون العقد.

---

(١) أنظر مزيد من التفصيل عن هذه الديانات - الامام محمد أبو زهرة مقارنات الأديان .

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية جلسة ١٩٥٦/١٠/٧ القضية ٣٢٦ سنة ٩٥٦ ك .

فعند رفع الدعوى يجب تحديد الشريعة الواجبة التطبيق وقد تكون الشريعة الاسلامية وقد تكون الشريعة الطائفية وكل تغيير فى الديانات أو الملة أو الطائفة قبل رفع الدعوى يجب الاعتداد به . ويجب ملاحظة أن وقت رفع الدعوى وقت منضبط لا اختلاف فيه ويرجع فى شأنه الى قواعد قانون المرافعات ، وقد يسبق رفع الدعوى بدء نزاع بين الزوجين ومع ذلك فان أى تغيير يحدث بعد بدء النزاع وقبل رفع الدعوى ورفع دعوى جديدة أمام محكمة الدرجة الأولى بغرض قبول هذه الدعوى الثانية أى بفرض عدم وجود دفع بسبق الفصل فيها (أى بفرض اختلافها فى الدعوى الأولى فى الموضوع أو السبب أو الأطراف) يحتج به طبقا للرأى الراجح ومع ذلك ذهب البعض الى تفسير موسع واعتبر أن التغيير فى هذه الحالة يعتبر حاصلا اثناء سير الدعوى وبالتالى لا يعتد به طبقا للفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون ٤٦٢ اذا كانت الدعوتين متعلقتين بنزاع واحد كنزاع الزوجية الا أن هذا الرأى لا يمكن قبوله لانه يخرج عن حدود التفسير الى تعديل النص نفسه ، فالنص حدد الفترة الزمنية التى لا يعتد فيها بالتغيير بوقت سير الدعوى ولم يقل وقت سير النزاع (٢) .

ولقد انتقد رجال الدين المسيحى حتى قبل صدور ذلك القاون وفى الفترة التى كان تغيير الدين وأثره فى تطبيق شريعة العقد مثار خلاف بين المجالس الملية والمحاكم الشرعية وتضاربت فيه الآراء بين الفقهاء — وكان من رأيهم عدم الاعتداد بالتغير الحاصل بعد الزواج من الوجهة المدنية فالمعتنق لدين جديد يصبح تابعا لـه من الوجهة الدينية وليس

---

(١) طعن رقم ١٤ لسنة ٤٤ (أحوال شخصية) جلسة ١٩٧٦/٢/١١ مجموعة المكتب الفنى ص ٤٣٨ .

(٢) اهاب حسن اسماعيل — المرجع السابق فقرة /١٢٥ .

لأحد أن يتدخل فى عقيدته وفى الباعث على حصول هذا التغيير (١) اما من الوجهة المدنية فلا تأثير لهذا التغير على الحقوق المدنية (٢) .

ثالثا — حكم التغيير الحاصل أثناء سير الدعوى

تقضى الفقرة الثانية المادة السابعة « لا يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم من وحدة طائفية الى أخرى أثناء سير الدعوى الا اذا كان التغيير الى الاسلام فتطبق الأولى من المادة السادسة » .

من هذه المادة نستنتج قاعدتين الأولى أنه لا يعتد بأى تغيير حاصل أثناء سير الدعوى اذا كان لغير الاسلام والثانية أن التغيير الى الاسلام يعتد به ولو كان حاصلا أثناء سير الدعوى .

ويجب أن يكون واضحا أن عدم الاعتداد بالتغيير لا ينصرف الا الى عدم تأثيره على الشريعة الواجبة التطبيق فى النزاع كما تحددت وقت رفع الدعوى ولكن لا ينصرف الى عدم اقرار الشخص على معتقده الجديد فهو ينتمى الى الديانة الجديدة ايمانا . ثم أننا نستبعد أن يكون الدافع وراء ذلك الحكم هو احترام حقوق مكتسبة من قانون رفع الدعوى والا كان الأولى احترام الحقوق المكتسبة من قانون العقد ، أنه حكم تنظيمى لا يخضع لأى منطق كما سنرى .

وينتقد بعض الفقهاء هذه المغايرة فى الحكم بين الاسلام والديانات الأخرى ويقررون أن رسمية الدين الاسلامي فى مصر لا يضيرها أن ينسحب الحكم المقرر فى المادة السابعة على كافة المصريين سواء بتعميم ما تقرره الفقرة الأولى من المادة المذكورة أو الفقرة الثانية (٣) . وحقيقة الأمر أن التغيير الى الاسلام أثناء سير الدعوى لن يؤثر فى

---

(١) حكم المجلس المارونى بالقاهرة جلسة يوم الاثنين ١٠ سبتمبر ١٩٤٥ وأيدته لجنة اتصال الطوائف الملية فى كتاب مؤرخ فى ٦ مارس ١٩٤٥ مرفوع الى معالى الوزير . وأنظر كذلك تأييد لشريعة العقد للقمص باخوم المحرقى فى تصدير لكتاب شريعة الزوجة الواحدة والمسيحية للأنبا شنودة ابريل ١٩٦٧ .

(٢) اهاب اسماعيل المرجع السابق فقرة ١٢٤ .

فى الشريعة الواجبة التطبيق كما تحددت وقت رفع الدعوى الا اذا كان الخصوم متحدين فى الملة والطائفة وقت رفع الدعوى لكن هل يمكن أن نقبل أن يترك مسلم ليحكم بغير الشريعة الاسلامية وقد تصطدم أحكام الشرائع الطائفية مع أحكام أساسية فى الشرائع الاسلامية ، فهل اذا اسلمت الزوجة ولم تسمح الشريعة الطائفية بفرقتها من زوجها ، هل تترك مع مخالفة ذلك لقاعدة أساسية فى الشريعة الاسلامية توجب التفريق بينهما اذا أبى الزوج الآخر الاسلام (١) ، قد يقول قائل انه فى هذه الحالة يمكن استبعاد تطبيق الشريعة الطائفية باعتبار أن حكمها مخالفا للنظام العام ولكن الا يكون الحل الذى وضعه المشرع افضل ، من ناحية أخرى أن التغيير الى غير الاسلام اثناء سير الدعوى — بفرض الاعتداد به يؤثر على الشريعة الواجبة التطبيق اذ قاد الى الوحدة الطائفية ، ولكن اليس فى ذلك تضييق لنطاق تطبيق الشريعة الاسلامية يكون المشرع محق فى الا يقره .

رابعا : عدم جواز الدفع بالحقوق المكتسبة أو الدفع بتسويته .

الأحكام المتقدمة بخصوص التغيير فى الديانة والملة والطائفة لا يمكن أن تكون بدأت من منطق واحد فلا يمكن أن نجد تبرير عدم الاعتداد بالتغيير الحاصل أثناء سير الدعوى هو الرغبة فى منع التحايل على القانون ودفع الغش وقصد الاضرار بالطرف الآخر لأن هذا الاعتبار كان يجب أن يقوم أيضا بالنسبة للتغيير قبل رفع الدعوى ثم كان يجب أن يقوم أيضا بالنسبة للتغيير الى الاسلام اثناء سير الدعوى (٢) .

وواضح أن المشرع حين اعتد بالتغيير الحاصل قبل رفع الدعوى مطلقا أنه رفض فكرة الحقوق المكتسبة من قانون العقد رغض أن

---

(١) انظر محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/٩/٢ قضية ١٦٥ سنة ٦٥ صالح حنفى المرجع السابق رقم ٧٣/ ومحكمة دمنهور الابتدائية ١٩٥٦/١٠/٢١ قضية ١١٣ سنة ٩٥٧ صالح حنفى رقم ٥٧ .

(٢) وليس صحيحا القول بان هناك قرينة قاطعة على حسن النية بالنسبة للتغيير قبل رفع الدعوى او الى الاسلام وقرينة قاطعة على سوء بالنسبة للتغيير قبل رفع الدعوى أو الى الاسلام وقرينة قاطعة على سوء النية بالنسبة للتغيير اثناء سير الدعوى الى غير الاسلام . ذهب الى هذا — احمد سلامة الأحوال الشخصية للوطنيين عن المسلمين والأجانب ١٩٦٢ — ص ٢٥٠ .

تكون مبررا لتطبيق شريعة العقد (١) ، ان التمسك بفكرة الحقوق المكتسبة تؤدى الى حرمان الشخص من النتائج التى تترتب على تغيير ديانته أو مذهبه مما يتعارض مع حرية العقيدة وقد رفضت محكمة النقض المصرية قبل قانون ٤٦٢ فكرة الحقوق المكتسبة ولم تأخذ بشريعة العقد وقالت فى حكم « لها ليس للزوجة قانونا التحدى بحق مكتسب فى أن تطلب التطليق وفقا لأحكام القانون الذى ابرم عقد الزواج تحت سلطانه ذلك لأن عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق والتطليق حقا مستقرا لا يتأثر بما قد يطرأ بعد ابرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص » (٢) . واستمرار هذا القضاء فى الفترة اللاحقة لقانون ٤٦٢ يكون باب أولى .

وقد ذهب بعض الفقهاء قبل صدور قانون ٤٦٢ الى أنه كلما امكن التوفيق بين الحقوق المكتسبة من الشريعة الجديدة وحقوق الطرف الآخر طبقا لشريعة العقد يجب اعماله « فان صح للزوج الذى اعتنق الاسلام أن يتمتع بما يجيزه الاسلام من ايقاع طلاق أو التزويج بأخرى فليس له أن يضير الطرف الآخر ويلزمه الوفاء بالتزاماته نحوه أو بما يقابلها فيسمح لزوجته ان شاءت أن تطلق منه وان كانت كاثوليكية وطلبت التفريق بينه وبينها يلزمه نفقتها طول حياتها » (٣) لانها لا يمكنها أن تتزوج مرة ثانية حتى بعد تلك الفرقة الاستثنائية .

ومن جانبنا نرى أنه يمكن الأخذ بذلك الرأى أيضا بعد قانون ٤٦٢ منعا للتعسف ورفع الحرج والمعاناة على الطرف الآخر ثم لا ضرر ولا ضرار فى الشريعة الاسلامية .

ونرى أيضا أن المشرع فى قانون ٤٦٢ وقد اعتد بالتغيير مطلقا لا يسمح باثبات أن التغيير صورى أو بقصد الاضرار أو ليس عن ايمان حقيقى بغية عدم الاعتداد به ولا يقبل اثبات انه جدى بقصد الاعتداد

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية جلسة ١٩٥٦/٥/٢٧ صالح حنفى المرجع السابق رقم ٢٤٣ .

(٢) نقض جلسة ٢٢ مايو ١٩٥٤ القضية رقم ١ سنة ٢٢ ق صالح المرجع السابق رقم ٥٣٠ وفى نفس المعنى طعن رقم ٥٣٢ لسنة ٢٦ ق جلسة ٣٠ يناير ١٩٦٣ مجموعة المكتب الفنى ص ١٨٩ .

(٣) احمد صفوت ـ المرجع السابق ص ٤٣ .

به فى غير الحالات التى يبيحها المشرع . وكان ذلك هو الرأى الراجح فى القضاء قبل قانون ٤٦٢ فقد قضى « لا محل للبحث وراء الدافع للزواج على تغيير ملته لأن ذلك متعلق بشعوره النفسى الذى اظهره رسميا حين اعتنق المذهب الجديد وليس لأحد سلطان عليه فى ذلك »(١). وقضى أيضا « أن الاقرار بالاسلام يكفى فى اثباته مجرد البينة الشرعية على نطق الذمى بالشهادتين حتى ولو لم يتبرأ من دينه السابق » (٢) بل لا يقبل من ذوى الشأن نفسه الذى غير ملته أن يثبت صورية ما تم من جهته » (٣) .

ومع ذلك فيجب أن يكون التغيير تم بالطرق الشرعية المقررة وقد قضى بأن ابرام العقد (عقد الزواج) أمام جهة طائفية معينة لا يستفاد منه حدوث ذلك التغيير وفى ذلك تقول محكمة القاهرة الابتدائية « ان رضاء الزوجة باجراء العقد أمام الكنيسة التى ينتمى اليها الزوج وقبولها اتباع طقوس هذه الكنيسة ونظمها لا يفيد بذاته تغيير المذهب أو الملة لأنه خبر لا انشاء ولأنه قد يحمل على أن المراد منه سو[illegible] تحرير العقد دون مساس بالملة أو المذهب التى تنتمى اليه الزوجة أصلا » (٤) وهذا يتفق مع ما أقرته محكمة النقض فى أحكامها لفظا ومعنى (٥) .

خامسا ـ الغش يكفى الحكم بالتعويض

نعتقد أن القواعد العامة فى المسئولية المدنية تسمح باثبات الغش فى تغيير الديانة أى قصد الاضرار وليس ذلك بالأمر الصعب أحيانا كما لو عاد المغير مرة ثانية الى ديانته الأولى عقب انتهاء الدعوى بوقت قليل

---

(١) القاهرة الابتدائية جلسة ١٩٥٦/٥/٢١ صالح حنفى المرجع السابق رقم ٥٣٨ .

(٢) محكمة المنيا الكلية جلسة ١٩٥٦/٥/٢١ صالح حنفى المرجع السابق رقم ٧٢ .

(٣) استئناف الاسكندرية جلسة ١٩٥٦/٦/٢٠ صالح حنفى المرجع السابق رقم ٦٨ .

(٤) القاهرة الابتدائية جلسة ١٩٥٦/٥/٢١ ، ١٩٥٦/٥/٢٧ صالح حنفى المرجع السابق رقم ٥٣٨ ، ٢٤٣ .

(٥) نقض طعن رقم ٣ لسنة ٤٦ جلسة ديسمبر ١٩٧٦ . مجموعة المكتب الفنى السنة السابعة والعشرون (١٩٧٦) ص ١٨٥١ .

فاذا ثبت ذلك كان خطأ يمكن أن يكون أساسا للحكم بتعويض الأضرار المترتبة للطرف الآخر بسبب التغيير ولا تعارض بين تلك القواعد والقانون الجديد فان الذى لا يقره المشرع هو البحث فى الدوافع لتعطيل أثر التغيير بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق • بينما يرى البعض أنه لا يجوز اثبات الغش للحكم بالتعويض لانه من غير المنطقى وغير مقبول أن يكون البحث عن النوايا والدوافع الى التغيير محرم فى حالة (أى اذا كان الغرض من اثباته عدم الاعتداد بالتغيير) ومحلل فى أخرى (١) وانما يجوز البحث عن الخطأ فى صعيد آخر هو ممارسة الحقوق التى اكتسبها الطرف الذى غير ديانته طبقا للشريعة الواجبة التطبيق بعد التغيير الذى اعتد به فهذا يخضع لنظرية عدم جوانب التعسف واستعمال الحقوق (٢) •

سادسا - الاتحاد فى الطائفة والملة شرط متعلق بالنظام العام

فى الفترة السابقة على قانون ٤٦٢ ، جرى قضاء النقض على ما يستفاد منه أنه لا يقع على المحكمة عبء التحقق من توافر الاتحاد والطائفة والملة متى كان الأطراف يدعيان ذلك ولو كان ادعاء غير حقيقى ، وان ثبوت هذا فيما بعد لا يقبل أن يكون سببا للطعن فى الحكم • فقد قضى « متى كانت الدعوى قد رفعت باعتبار طرفى الخصومة فيها من الارمن الأرثوذكس وسلم الطرفان أمام المجلس الملى الابتدائى بالوحدة واستمرا لا يدعيان غير ذلك حتى صدور الحكم فى الدعوى فلم يعرض المدعى عليه واقعة اسلامه الطارىء رغم حضوره أمام المجلس وقت اشهار اسلامه الى وقت صدور الحكم فى الدعوى فانه لا يكون هناك محل لما يتمسك به المدعى عليه بعد ذلك من أن المجلس قد جاوز اختصاصه » (٣) وفى حكم آخر قررت انه « متى كان يبين من الاطلاع على الحكم الصادر من المجلس الملى العام للأقباط الارثوذكس ان

---

(١) توفيق فرج - المرجع السابق ص ٢٢٨ •
(٢) توفيق فرج - المرجع السابق فقرة ٦١ •
(٣) نقض جلسة ٢٦ يونيو ١٩٥٦ طعن رقم واحد سنة ٢٥ ق صالح حنفى المرجع السابق رقم ٤/٢٤ •

الدعوى رفعت باعتبار طرفى الخصومة فيها من الأقباط الارثوذكس وسلم الطرفان طيلة مراحل التقاضى أمام المجلس الملى بالوحدة الطائفية واستمر المدعى عليه لا يدعى غير ذلك حتى صدر الحكم النهائى من المجلس الملى فان ادعاءه لأول مرة أمام محكمة النقض انه من اتباع المذهب الانجيلى لا يفيده شيئا ويكون حكم المجلس الملى حائز لقوة الأمر المقضى » (١) .

ونرى أن هذا القضاء السابق لا يمكن قبوله فى ظل قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ونرى أن شرط الاتحاد فى الطائفة والملة متعلق بالنظام العام فيجوز الدفع به أمام محكمة الاستئناف والنقض لما فى ذلك من خطأ فى تطبيق القانون ولو تم بحسن نية من المحكمة على أساس الادعاء الصادر أمامها . وأيضا نؤيد ما قضت به محكمة النقض فى الفترة السابقة « أن مجرد تحرير عقد الزواج لا يمنح الجهة التى حررته اختصاصا قضائيا بل العبرة فى ذلك هى باتحاد طرفى الخصومة الذى أقام المشرع عليه وحده اختصاص المجالس الملية » (٢) .

المطلب الثانى

توافر جهات قضائية منظمة لطائفة الخصوم قبل قانون ٤٦٢

جاءت صياغة هذا الشرط الثانى من شروط تطبيق الشريعة غير الاسلامية غير دقيقة ، فالفقرة الثانية من المادة قانون ٤٦٢ تشترط « أن يكون للخصوم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور قانون ٤٦٢ » وحقيقة الأمر انه لم يوجد فى الفترة السابقة لذلك القانون قضاء ملى وانما وجد لكل طائفة من طوائف الملة الواحدة (٣) .

ومقتضى ذلك الشرط أن يكون الخصوم ينتميان الى طائفة كان معترف بها فى الفترة السابقة . وذلك لأنه فقط الطوائف غير الاسلامية

---

(١) نقض جلسة ١٩٥٦/٦/٢٦ طعن رقم ٦ سنة ٢٥ ق، صالح حنفى المرجع السابق رقم ٢/٢٣ .

(٢) نقض جلسة ١٨ ديسمبر ١٩٠٤ الطعن رقم ٧ سنة ٢٤ ق صالح حنفى المرجع السابق رقم ١٥ .

(٣) توفيق فرج — المرجع السابق فقرة ٦٥ .

المعترف بها فى الفترة السابقة هى التى كان من حقهـا أن تقيم قضـاء الأحوال الشخصية بين أبناء طائفتها فالسلطة القضائية كمظهر من مظاهر سيادة الدولة لا يمكن أن تنظمها الا الدولة ولم يكن من الممكن لطائفة غير معترف بها أن تقيم قضاء وكان من المحتم على ابناء تلك الطـائفة أن يلجأوا الى المحكمة الشرعية حتى ولو انحصرت العلاقة بينهم واذا كان ذلك هو الحال فى الماضى فلا غرابة أن يشترط المشرع ذلك الشرط بعد توحيد القضاء وليس فى ذلك أى ضرر بالمتقاضين فهم من قبل ومن بعد كانوا خاضعين للشريعة الاسلامية . وعلى ذلك فلفظ « ملية » الوارد فى النص ينصرف الى « الطائفية » ولفظ منظمة ينصرف الى الاعتراف بمعناه الواسع الذى لا يرتبط بصدور قانون خاص بالطائفة (١) .

المطلب الثالث

عدم مخالفة أحكام الشريعة الطائفية للنظام العام أو لقواعد تشريعية آمرة

الشرط الثالث من شروط تطبيق الشرائع غير الاسـلامية أن تكون أحكام تلك الشرائع غير مخالفة للنظام العام ، فاذا كانت كذلك وجب استبعادها وتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية . هذا الشرط منصـوص عليه فى المادة السادسة . ونضيف اليه شرط مبدئى أنه لا يجوز تطبيق أحكام الشريعة الطائفة اذا وجد تشريع ينظم المسألة . فنستبعد أحـكام الشريعة الطائفية فى حالة لتطبق أحكام الشريعة الاسـلامية وفى حـالة أخرى ليطبق تشريع آمر . ونسوق أمثلة لهاتين الحالتين .

أولا ـ قواعد فى شرائع غير المسلمين متعارضة مع النظام العام

اذا تعارضت قواعد الشريعة الاسلامية مع النظام العام يجب استبعادها ولو كان الشرطان الآخرين لتطبيق الشرائع غير الاسلامية متوافرين أى ولو كان الخصوم متحدين فى الطائفة والملة ولهم جهات ملية منظمة وقت صدور القـانون .

---

(١) راجع سابقا ـ ص ١٤ .

والفقه متفق على أن معنى النظام العام هنا لا يختلف عن معناه العام (١) ، فهو تعبير عن المبادىء الأساسية الدينية والاقتصادية والسياسية والخلقية التى يقوم عليها المجتمع المصرى وهذه المبادىء مصادرها متعددة فهى حصلة التاريخ والتراث الدينى عامة والفقه الاسلامى خاصة والتقاليد السياسية والاقتصادية والخلقية . اذن ليس المقصود بالنظام العام فى تطبيق الشرائع الاسلامية والا كان تحديد نطاق تطبيق الشريعة الاسلامية والشرائع غير الاسلامية لغوا لأن الشريعة الاسلامية ستصير هى الواجبة التطبيق فى جميع الأحوال . الا أن ذلك لا يمنع أن تدخل بعض القواعد الأساسية فى الشريعة الاسلامية فى فكرة النظام العام . ونرى من ناحية أخرى أنه وان لم ينص الا على النظام العام فان الشريعة غير الاسلامية لا يجوز أن تخالف أيضا الآداب العامة لأن مسلك المشرع المصرى فى جميع النصوص التى ثار فيها ضابط النظام العام قرنه دائما بضابط الآداب .

والآن نعرض لبعض القواعد ونبحث مدى تعارضها مع النظام العام :

١ — ما هو مقرر فى شريعة الأقباط الأرثوذكس فى المادة ٦٤ من مجموعة الأحوال الشخصية الصادرة ١٩٣٨ من أن الحكم القاضى بالطلاق أو التطليق يجوز أن يقرر حرمان الزوج المطلق أو كلا الزوجين من الزواج . يرى كثير من الفقهاء أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بهذا الحرمان لانه مخالف للنظام العام، ويجب أن يستبعد حكم الشريعة الطائفية فى هذا الخصوص . ومن جانبنا نرى أن هذا الحكم غير مخالف للنظام العام لأن حرية الزواج وحرية تكوين أسرة لا تتنافى مع زجر الزوج أو الزوجة التى تسببت فى ايقاع الفرقة وحرمانه من الزواج مرة ثانية والأمر

---

(١) جميل الشرقاوى — المرجع السابق ١٩٧٣ ص ٤٣ — توفيق فرج المرجع السابق ص ٢٦٠-اهاب اسماعيل المرجع السابق ص ٢٤١ .

(٢)انظر مواد ٢٨ ، ١٣٥ ، ١٣٦ مدنى مصرى .

جوازى للقاضى ولذلك نرى أن حكم القاضى طبقا للشريعة الطائفية بالتطليق وحرمان الزوج أو الزوجة من الزواج ثانيا صحيح ولا مطعن عليه .

٢ — بعض الشرائع الطائفية لا تلزم الزوجة المطلقة بقضاء « العدة » قبل أن تتزوج مرة ثانية . والعدة هى مدة يجب أن تقضيها الزوجة المطلقة بعد دخول أو خلوه صحيحة أو المتوفى عنها زوجها قبل أن تدخل فى زواج ثانى طبقا للشريعة الأسلامية وهذا الحكم ولو انه ياتى من الشريعة الاسلامية الا أنه يدخل فى المعنى العام للنظام العام حفاظا على الأنساب . وعلى ذلك فلو تم زواج بين رجل وأمرأة مطلقة وكان ذلك الزواج الثانى تم قبل انقضاء العدة طبقا لأحكام شريعتهم الطائفية التى لا تستلزم ذلك كأن كانوا من الكاثوليك فانه يجب أن تستبعد تلك الشريعة وتطبق أحكام الشريعة الاسلامية . بل انه اذا كانت الشريعة الطائفية تلزمهم بقضاء عدة ولكن لها مدد تقل عن مدة العدة فى الشريعة الاسلامية فانه يجب استبعادها . ونشير الى أن حكم العدة يتعلق بشروط صحة الزواج الثانى .

٣ — فى شريعة اليهود الربانيين توجد قاعدة تقضى بان المتوفى عنها زوجها ولم يكن لها أولاد تصير زوجة بحكم القانون لأخيه الشقيق و ان لم يوجد فلأخيه لأب دون حاجة الى رضائها ودون حاجة الى ابرام عقد جديد . والفقه متفق على أن هذا الحكم مخالف للنظام العام ويجب أن تستبعد الشريعة الطائفية . فالزواج الثانى بين المتوفى عنها زوجها وشقيق المتوفى يجب أن يتم بعقد جديد وبعد انقضاء فترة عدة الوفاة طبقا للشريعة الاسلامية . ويستبعد حكم الشريعة الطائفية التى تقول أن هذا الزواج واقع بحكم القانون وتقضى المحكمة طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية بأنه غير قائم وان الزوجة حرة ، وللزوجة أن تمتنع عن معاشرة أخ زوجها المتوفى فاذا عرض الأمر على المحكمة أقرتها وقد يعرض الأمر من جانب الأخ مطالبا أياها بالطاعة أو طاعنا فى زواج ثانى أجرته مع غيره .

٤ — جواز الجمع بين أكثر من زوجة وعدم تحديد أسباب محددة للطلاق من جانب الرجل قواعد مقررة فى الشريعة الاسلامية الا اننا نراها لا تدخل مع ذلك فى عموم فكرة النظام العام وبالتالى لا تستبعد أحكام الشريعة الطائفية القاضية بغير ذلك .

٥ — قاعدة عدم جواز تعدد الأزواج . قاعدة أساسية فى الشريعة الاسلامية وهى تعتبر متعلقة بالنظام العام . ولذلك فان أى شريعة طائفية — ان وجدت — تقضى بغير ذلك يجب أن تستبعد ويُقضى ببطلان الزواج الثانى طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية .

٦ — يجوز فى بعض الشرائع أن يقضى بانفصال الزوجين مع بقاء الزواج قائما وأهم أثار هذا الانفصال هو الانفصال فى الفراش وهى حالة مؤقتة تنتهى غالبا بعودة الحياة الزوجية . ونحن لانرى أن هذا الحكم مخالف للنظام العام .

ثانيا — توثيق زواج غير المسلمين

تكتفى معظم الشرائع غير الاسلامية باثبات الزواج فى سجلات الكنيسة ، ومع ذلك فقد اقتضت المصلحة أن يصدر المشرع قوانين بتوثيق عقود زواج غير المسلمين ولذلك يجب مراعاة تلك القواعد .

وطبقا لقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥ (المعدل لقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧) يكون توثيق عقود الزواج والطلاق للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة أمام موثقون منتدبون بقرار من وزير العدالة أما توثيق عقد زواج وطلاق غير المسلمين غير المتحدين فى الطائفة والملة فتجرى لدى مكاتب التوثيق التابعة لمصلحة الشهر العقارى باعتبارها الجهة العامة المختصة بتوثيق المحررات الا ما استثنى « ومفاد هذه الأحكام هو سلب اختصاص جهات الدين بضبط الزواج وتوثيقه بحيث أصبحت لا تختص الا بمجرد اجراء الطقوس الدينية — أى اتمام الزواج من الناحية الدينية فقط — وقد تقرر هذا الوضع بصفة عامة سواء اتحد

الزوجان ملة وطائفة أو اختلفا ٠٠ » (١) « وهذا التوثيق لا يمس بحال حق الزوجين فى الالتجاء الى الجهات الدينية أولهما الاختيار فى ابرام زواجهما لديها اذا أرادا على ألا يعفيهما هذا الشكل الدينى من توثيق زواجهما ٠٠ » (١) واستطردت محكمة استئناف القاهرة الى القول بأن توثيق الزواج شرط لصحته وموجب لابطاله عند تخلفه والا أصبحت الأحكام المتعلقة بالتوثيق فى هذا الخصوص لغوا لا طائل منها فمن العبث القول بأن التوثيق باعتباره شرطا شـكليا لا يتعلق الا بالاثبات بحيث لا يجوز اثارته الا عند انكار الزوجية فقط وذلك لأن هذا الانـكار لا يتصور عملا عند التحدث عن الزواج الدينى بتقديم الوثيقة المحررة بواسطة الكنيسة (٢) ٠

عكس ذلك قالت محكمة الاسكندرية الابتدائية فى حكم لها « ان اجراء التوثيق هـو اجـراء تنظيمى أمـلاه واستهداه المشرع تحـدوه المصلحة العامة للرغبة فى الاعلان عن الزواج واشهاده بالتدليل على قيامه بالنسبة للكافة وحفظا لحقوق كل من الطرفين قبل الآخر حتى تعـان الحقوق الزوجية وتحترم روابط الأسرة اذا ما بدأ لأحد الزوجين انكار الزواج ولذا أباح القانون سماع دعوى الزوجية وترتيب الزواج لكافة أثاره ولو لم يكن العقد موثقا مادام هناك اقرار بالزوجية وعدم انكار أى أن الاقرار أمام المحكمة يقوم مقام الوثيقة وبالتالى ليس التوثيق شرط صحة موجب بطلان العقد عند تخلفه » (٢) ٠ واختلاف المحاكم يبين أن المشرع لم يحدد طبيعة التوثيق ومن جانبنا نؤيد ما ذهبت اليه محكمة استئناف القاهرة أى اعتبار توثيق زواج وطلاق غير المسـلمين شرط انعقاد وليس وثيقة اثبات فقط ٠ بل يضيف حكما آخر وهو ضرورة أن يقدم ذوى الشأن للموثق صورة من عقد الزواج الذى تم فى الكنيسة وفى هذه النقطة تختلف مع استئناف القاهرة ٠

---

(١) استئناف القاهرة جلسة ١٩٥٨/٤/١٦ القضية رقم ١١٨ لسنة ٧٤قضائية صالح حنفى المرجع السابق رقم ٥٣٥ ٠

(٢)الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٧/٤/١٦ القضية رقم ٣٤ سنة ٥٧ صالح حنفى المرجع السابق رقم ٥٥٥ ٠

وذهب بعض الفقهاء الى رأى يقارب رأى محكمة الاسكندرية فالتوثيق مطلوب فى نظرهم فقط للاثبات وليس فى كل الحالات وانما فقط اذا كانت الشريعة الطائفية تشترط الاثبات بوثيقة رسمية محررة من رجل الدين أما حيث لا تشترط ذلك أو كانت تكتفى بورقة عرفية فان اثبات يقع بكافة الطرق القانونية (١) .

المبحث الثالث

شروط تطبيق الشريعة الاسلامية

أولا ــ تحديد نطاق تطبيق الشريعة الاسلامية

يمكن أن نحدد تطبيق الشريعة الاسلامية فى المنازعات التالية :

١ ــ منازعات الأحوال الشخصية للمسلمين ــ وبفرض عدم وجود تشريع .

٢ ــ منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين اذا لم يتوافر أحد شروط تطبيق الشرائع غير الاسلامية ــ وبفرض عدم وجود تشريع .

٣ ــ منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين اذا لم يوجد حكم فى الشريعة الغير الاسلامية ــ وبفرض عدم وجود تشريع .

٤ ــ منازعات الارث لغير المسلمين فى حدود معينة (٢) .

ونرى أن نبدأ بتحديد المقصود بالشريعة الاسلامية ثم نعرض لتضييق نطاق تطبيق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين فيما يتعلق بالطلاق .

ثانيا ــ تحديد المقصود بالشريعة الاسلامية

طبقا للمادة السادسة من قانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ عندما تكون الشريعة الاسلامية واجبة التطبيق فان الأحكام تصدر طبقا للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وطبقا لهذه المادة تصدر الأحكام طبقا للمدون

---

(١) جميل الشرقاوى المرجع السابق ١٩٧٣ ص ٢٢٥ .

(٢) راجع سابقا ــ ص ٣٢ ، ٣٥ .

فى اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد .

ولا خلاف فى الفقه فى أن المقصود بالشريعة الاسلامية عندما تطبق على منازعات المسلمين هى الأحكام الموضوعية التى وردت فى المصادر التى أشارت اليها المادة ٢٨٠ . أما عندما تطبق على منازعات غير المسلمين . ذهب رأى فى الفقه الى أن أحكام الشريعة الاسلامية المقصودة هى الأحكام الخاصة بالذميين وهذه كما وردت فى ارجح الأقوال من مذهب ابى حنيفة تقضى بترك الذميين وما يدينون ، وخاصة أن الأحتكام الى القاضى المسلم ليس باختيار غير المسلم وبالتالى فلا يمكن الاحتجاج بالآية الكريمة التى تقول « وان جاءوك فاحكم بينهم أو اعرض عنهم .. » .

والرأى الراجح هو أن غير المسلمين يخضعون لنفس الأحكام الموضوعية التى يخضع لها المسلمون وان القول بترك الذميين وما يدينون يعنى الرجوع الى شريعتهم الطائفية ولكن هذا يتنافى مع قصد المشرع الذى حدد فى المادة السادسة من قانون ٤٦٢ نطاق تلك الشريعة بمنازعات غير المسلمين المتحدى الملة والطائفة . ثم هل اذا استبعدت الشريعة الطائفية لمخالفتها للنظام العام نعود اليها مرة أخرى ، ثم ماذا يكون الحل اذا كان النزاع خاص بغير مسلمين مختلفى الملة ولا توجد لهم شريعة واحدة بل قد لا توجد قواعد مشتركة كما هو الحال فى النزاع بين زوج يهودى وزوجة مسيحية يدين الأول بجواز ايقاع الطلاق بارادته المنفردة ولا تقر شريعة الزوجة هذا الحق لأى من الزوجين (١) . وأخيرا فان تطبيق أحكام قانون ٤٦٢ لايقوم على الأحتكام الاختيارى للشريعة الاسلامية .

---

(١) اهاب اسماعيل المرجع السابق ص ٢٦٣ .

ثالثا — تضيق نطاق تطبيق الشريعة الاسلامية فى مسائل الطلاق

قد يتوافر شروط تطبيق الشريعة الاسلامية كأن يكون غير المسلمين غير متحدى الملة أو الطائفة .. الخ فاذا كان الأمر يتعلق بالطلاق والفرقة بين الزوجين فهل تطبق أحكام الشريعة الاسلامية أم تراعى شريعة الخصوم أو شرائعهم اذا كانوا مختلفين .

تنص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى فقرتها السابعة « لا تسمح دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على لآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » . وهى من المواد التى لم تلغ بقانون ٤٦٢ .

ورغم صراحة المادة ٧/٩٩ المشار اليها ، ذهبت بعض أحكام القضاء الى أن غير المسلمين يخضعون بالنسبة للطلاق لنفس الأحكام التى يخضع لها المسلمون وان كان أصحاب هذا الرأى اختلفوا فيما بينهم حول بعض التفاصيل . فمنهم من استلزم أن يكون تطبيق الشريعة الاسلامية بالنسبة للطلاق بيد القاضى ومنهم من سمح لغير المسلمين بايقاع الطلاق طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية بارادته المنفردة ودون حاجة الى الالتجاء الى القضاء لايقاعه وذهبت أحكام أخرى الى محاولة مراعاة المادة ٩٩ فى حدود ، فاشترط لتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بالطلاق أن يكون غير المسلمين يدينون من حيث المبدأ بالطلاق ، أما أسباب الطلاق وكيفية وقوعه فيتم طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ومن المقرر أن الطلاق بيد الزواج يستبد بايقاعه على زوجته فى أى وقت شاء برضاءها أو بغير رضاها ومن غير حاجة الى قضاء القاضى (١) . وقالت محكمة النقض فى حكم لها أنه لا يرجع الى شريعة الزوجين عند اختلافهما فى الملة والطائفة الا ببحث دينونتها بوقوع الطلاق فقط (٢) .

---

(١) القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/٤/١٤ قضية رقم ٥٦/١٣١٨ لـ. صالح حنفى المرجع السابق ٢٥١ والاسكندرية الابتدائية ١٩٥٧/٥/٢ قضية ٢٧ سنة ٥٧ لـ. صالح حنفى المرجع السابق رقم ٦/٢٧٣ .

(٢) نقض الطعن رقم ٣٠ لسنة ٤٥ ق . مجموعه المكتب الفنى السنة السابعة والعشرون المجلد الثانى ص ١٧٥٨ جلسة ١٥ ديسمبر ١٩٧٦ .

هذا بينما ذهب رأى آخر فى القضاء الى ترك غير المسلمين بالنسبة للطلاق الى شريعتهم أو شرائعهم فلا تسمع دعوى طلاق اذا كان لا يدينان بوقوع الطلاق ، بل لا يكفى احترام مبدأ الطلاق فقط بل لابد من التقيد بأسباب الطلاق عندهم (١) • ونحن نؤيد ذلك الرأى ونرى أن المادة ٧/٩٩ هى قاعدة موضوعية تدخل فى النظام القانونى الذى تفرضه الشريعة الاسلامية فاذا احالت الى شريعة غير المسلمين فى أمر ما فان ذلك يعتبر من قبيل حكمها فى نفس الوقت • وان المقصود من المادة ٧/٩٩ هو رفع الحرج والمشقة بالنسبة للطوائف التى تدين بوقوع الطلاق لعدم استطاعة المطلقة الزواج من آخر مراعاة للتقاليد فى ملتها فتبقى معلقة لا تتزوج وقد تحرم من النفقة فلا تجد من ينفق عليها فرئى معالجة هذه الحالة عملا بمبدأ جواز تخصيص القضاء (٢) • ثم لاشك فى تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية على غير المسلمين فى الأحوال الشخصية أمر استثنائى فاذا قيد الاستثناء باستثناء آخر فلا بأس ونؤيده • ولا نرى للرأى الثانى أى حجة فى استبعاد تطبيق تلك المادة ، مع أن حكمها صريح فى ترك غير المسلمين فى مسألة الطلاق لما يدينون ، فكيف يكون وجودها لغوا وعدما •

وقد يرى البعض استبعاد تطبيق المادة ٧/٩٩ على أساس انه طبقا للمادة ٢٨٠ من اللائحة والتى حددت مصادر الشريعة الاسلامية بأنها ارجح الأقوال من مذهب ابى حنيفة وما ورد فى لائحة ترتب المحاكم الشرعية اردفت « ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة » وقد صدر قانون ٢٧ لسنة ١٩٢٩ وتتضمن فى مواده بشأن الطلاق وقوق الطلاق بالارادة المنفردة وانه بذلك يكون هو الواجب التطبيق وليس اللائحة • ولكن فى نظرنا أن هذا التحفظ غير مفهوم فلائحة ترتيب المحاكم الشرعية هى الأخرى قانون للمحاكم

---

(١) القاهرة الابتدائية قضية رقم ٢٧٨ سنة ٥٧ جلسة ١٩٥٧/١٠/٢٧ صالح المرجع السابق رقم ٥/٢٥٦ .

(٢) المذكرة الايضاحية للائحة ترتيب المحاكم الشرعية — ورد الاشارة اليها ضمن اسباب الحكم السابق .

الشرعية وان المادة ٩٩ منها وهى تواجه حالة خاصة بطلاق غير المسلمين لا يلغيها قانون للمحاكم الشرعية لاحق يعتبر فى احكامه عام وحيث انه لم يلغها صراحة فلا يمكن أن يلغيها ضمنا لأن العام لا يلغى الخاص • والرأى الذى تؤيده من شأنه أن يخفف من حد النقد الذى يوجه الى الاعتداد بالتغيير بعد الزواج فالزوج مهما غير من ديانته لا يستطيع أن يفرض على الزوجة طلاق لا تقره شريعتها •

ونرى انه اذا رأى البعض صواب الرأى الآخر فيجب عليهم العمل بقدر الامكان التوفيق بين مصالح الطرفين (١) •

---

(١) راجع سابقا ص ٤٨٠.

الباب الثاني

التعريف بالشرائع غير الاسلامية

الشرائع غير الاسلامية التى تشترك مع الشريعة الاسلامية فى حكم الأحوال الشخصية للمصريين هى فقط شرائع الديانات السماوية والديانات غير الاسلامية المعترف بها هى فقط الديانات السماوية المسيحية واليهودية ، أما الديانات غير السماوية كديانات الهنود مثل البوذية والبرهية والكونفوشيوسية عند الصينيين فهى ديانات لا يدين بها مصرى .

وحقيقة الأمر أن الاسلام أو المسيحية أو اليهودية دين وشريعة ونبحث هذين الجانبين فى كل من المسيحية واليهودية .

الفصل الأول

المسيحية

(ديانة وشريعة)

نقسم هذا الفصل الى مبحثين نتناول فى المبحث الأول التعريف بالمسيحية كديانة وفى المبحث الثاني نتناول تعريف المسيحية كشريعة .

المبحث الاول

التعريف بالمسيحية كديانة

المسيحية هى الديانة السماوية التى جاء بها سيدنا عيسى ابن مريم عليه الصلاة والسلام . والمسيحية بدأت موحدة عقيدة وشريعة . الا أن ظروفا سياسية انتهت بالمسيحيين الى الانقسام بين عدة مذاهب هى المذهب الارثوذكسى والمذهب الكاثوليكى والمذهب البروتستانتى .

أولا نشأة المذهب الارثوذكي والكاثوليكي

المذهب الكاثوليكي هو مذهب كنيسة روما والمذهب الارثوذكسى هو مذهب كنيسة الاسكندرية ويعنى المذهب الكاثوليكي لغة المذهب الجامع والمذهب الارثوذكسي مذهب الصراط المستقيم (١) أما من الناحية الدينية فالمذهب الكاثوليكي هو مذهب الطبيعة الواحدة أما المذهب الارثوذكسي فهو مذهب الطبيعتين .

أن أهم كنائس المسيحية الأولى هى كنيسة روما وكنيسة الاسكندرية وكنيسة بيزنطة أى القسطنطينية باليونان وناوءت كنيسة الاسكندرية كنيسه روما زعامة العالم المسيحى لما تميز به علماء كنيسة الاسكندرية من ثقافة دينية واسعة ، حتى كانت فتاويهم محل ثقة كبيرة من الملوك والأباطرة . وكانت كل كنيسة تتولى اشرافا دينيا على كنائس أخرى اقليمية .

وكانت من تقاليد المسيحية أن يجتمع رؤساء الكنائس فى جميع العالم المسكون فى مجامع عامة سميت بالمجامع المسكوتية تناقش فيها المسائل الأساسية فى المسيحية ويؤكدون فيها وحدة العقيدة ووحدة المذهب ، ولذلك يعد الانشقاق بين كنيسة روما وكنيسة الاسكندرية منعطفا تاريخيا هاما فى تاريخ المسيحية .

ظل العالم المسيحى لمدة طويلة يعتقد أن للسيد المسيح طبيعتين طبيعة آلهية وطبيعة بشرية وأكد الطبيعية الآلهية للسيد المسيح مجمع نقية المنعقد فى ٣٢٥م (١) .وكان لهذه الفكرة معارضون مثل ، اريوسى ومن بعده أسقف الاسكندرية ديستوروس فكان رأيهم هو أن السيد المسيح طبيعة واحدة هى طبيعة بشرية .وكان أساقفة روما بزعامة لاون لأسقف الإسكندرية ودعوا لمجمع عام لمناقشة آرائه وتوقيع الجزاء عليه

---

(١) يعد ذلك اول مجمع فى تاريخ المسيحية ويعتبره الشراح بداية البحث فى المسيحية كما يعرفها المسيحيين اما المسيحية كما نزلت على السيد المسيح فيرجع فى شأنها الى القرآن الكريم . محمد ابو زهرة محاضرات فى النصرانية ١٩٤٢ ص ٣ .

وتم ذلك فى المجمع العام الرابع المنعقد فى مدينة خلقدونية ويذكر أن خصوم ديسقوروس حاصروه فى داره ومنعوه من الخروج ولم يتمكن بذلك من الدفاع عن رأيه أمام المجمع وانتهى المجمع باخذ قرار بعقيدة الطبيعتين وحكموا بعزل ديسقوروس ونفيه ورفعوا أحكام المجمع الى القيصر فوافق عليها وأبعد البابا ديسقوروس الى غاغرا • وتبعت كنيسة القسطنطينية كنيسة روما • ورغم ابعاد ديسقوروس الا أن ذلك لم يلغ واقعا مسيحيا جديدا فالمسيحيين صاروا فريقين فريق قبل قرار المجمع وهم من الروم واللاتين ويسموا بالملكيين أو الديوفست وفريق ظل يتبع ديسقوروس وهم من أهل مصر وسوريا والحبشة وبلاد ما بين النهرين وأرمينية ويسموا بالارثوذكسيون أو المونوفست •

وكانت مصر وقتئذ مازالت من املاك الدولة الرومانية الشرقية فرأت القسطنيطينية (عاصمة تلك الدولة) اخضاعها دينيا ومدنيا فبعد أن ابعدت البابا ديسقوروس الى غاغرا بادرت برسامة برتوريوس بطريركا ملكيا على مدينة الاسكندرية الا أن الأقباط اعرضوا عنه وحسبوه خائنا وجبانا وازداد تمسكهم بالبطريرك ديسقوروس الذى كان يكاتبهم من المنفى مشجعا لهم • وبعد أن يكمل سعيه رقد فى الرب مغتبطا بجهاده العظيم فكرس المصريون يتموثاوس خليفة له وفى هذه الأثناء قام بعض المصريين بثورة على حكومة الاحتلال البيزنطى قتل فيها برتوريوس الأسقف الدخيل وبعض الكهنة الخوارج فأسرعت القسطنطينية بمؤازرة روما ورسمت بطريركا آخر فلم يكن أكثر خطأ من سلفه الأن المصريين أصروا على رفض عقيدة الطبيعتين ولو أفضى الأمر الى استشهادهم جميعا • وهكذا ظلت البلاد فى نزاع دائم بين الشعب والحكومة حتى دخل العرب (بالاسلام) فقوضوا سلطة الروم وأباحوا حرية العقيدة وجعلوا لكل فريق حدوده الخاصة فصار البطريرك الارثوذكس يشرف على المصريين جميعا وكل تخوم الكرازة كما انفرد البطريرك الملكى برعاية المدنيين من الروم واللاتين الذين تخلفوا بمصر بعد أن غادرتها قوات

الاحتلال البيزنطى » (١) • وهكذا انتهت تلك الفترة بقيام المذهب الارثوذكسى فى مصر بجانب المذهب الكاثوليكى الذى لم يبق له الا معتنقون قليلون •

ظل اساقفة روما يؤلمهم خروج مصر عن المذهب الكاثوليكى • ولذلك بدأ بابا روما من جديد فى البعث برسله لمحاولة النجاح فى رده المصريين عن المذهب الارثوذكسى واتبعوا نظام الاستمالة عن طريق المال فبعثوا المبشرون يوزعون الصدقات النقدية على من يحضر منهم الى كنيستهم فالتجأ اليهم جمع غفير من الفقراء ، وجرب ملوك فرنسا نظام الترغيب عن طريق فتح باب السفر الى فرنسا للدراسة على نفقة الحكومة الفرنسية وهدفهم طبعا هو تعليمهم المعتقد الكاثوليكى وردتهم ولكن أقباط مصر الارثوذكسيين كانوا على فطنة واسعة فلم يستجيبوا لهذه المحاولة سواء الاغنياء منهم أو الفقراء • وجرب الرسل نظام فتح المدارس وكانت تقدم الطعام وخلافه واتجه نشاط المبشرين الى الصعيد •

وفى عهد محمد على باشا ونظرا للعلاقات الطيبة بين مصر وفرنسا واستخدام الباشا لكثير من الافرنج فى أعمال الحكومة ، أسر اليه احدهم بأن أعظم خدمة يؤديها جناية لهؤلاء الافرنج ولدولة فرنسا وايطاليا هى أن يجعل أقباط مصر يتبعون مذهب الكاثوليك ولقد استدعى محمد على باشا المعلم غالى كبير كتاب الدولة وطلب منه أن يعمل على أن يغير أقباط مصر معتقدهم ويتبعوا بابا روميه •• الا أن الباشا تنبه فيما بعد الى خطورة اتباع أقباط مصر لبابا روميه لأن هذا سيثبت أقدام الأجانب فى مصر فغضب على المعلم غالى وكان ذلك سببا فى قتله فى مدينة زفتى فى أوائل ١٨٢٢ » (٢) •

وكان أول بطريرك رسمه بابا روميه للأقباط الذين يسمون أنفسهم

---

(١) صموئيل تاوضروس السريانى — مجلة تعاليم الكنيسة السنة الأولى العدد السادس الأقباط الارثوذكس •

(٢) مجلة تعاليم الكنيسة السنة الأولى العدد الأول اكتوبر ١٩٥١ تاريخ الكاثوليك فى مصر — امضاء القس م •

خطأ الأقباط الكاثوليك هو البطريرك كيرلس مقار ١٨٩٩ وقد أخذت هذا البطريرك النشوة فأرسل منشورات الى البلاد يدعو الأقباط الى اتباع مذهب بابا روميه .. (ولكن) ناهض الأقباط مساعى كيرلس مقار وطردوه من مدينة قنا فغادرها يجر اذيال خيبة الرجا » (١) . ما حدث هذا كان سببا فى عدول كيرلس مقار عن مؤزارة كنيسة روما ورجع مرة أخرى الى الكنيسة القبطية وتم عزله من جانب بابا روميه ، وتبع ذلك أن ألف البطريرك كيرلس مقار كتابا فى تثبيت العقيدة الارثوذكسية وانكر على البابا عصمته ورئاسته وبين صحة العقيدة اللارثوذكسية ولكم بذل بابا روميه من مساعى ووسائط فى عدم طبع هذا الكتاب ولكن كيرلس مقار أصر على طبيعة وعقب ظهوره رجعت كثير من العائلات الى كنيستهم الأصلية الكنيسة الارثوذكسية » (٢) .

ثالثا - نشأة البروتستانتية

تكونت تلك الكنيسة فى النصف الأول من القرن السادس عشر وهى عبارة عن جملة آراء مارتن لوثر الألمانى ولذلك يعرف مذهبها أيضا باللوثرية . ولكن لم يكن الخلاف بين مارتن لوثر والكنيسة الجامعة متعلق بطبيعة السيد المسيح فهو وافقهم على الطبيعتين . ولكن منشأ الخلاف هو عدم تسليم مارتن واتباعه الا بما جاء فى الانجيل ولذلك يعرفون باسم الانجليين . وانكروا على البابا حقه فى اعطاء تعليمات تعد فى مرتبة تشريع دينى وانكروا على البابا منح صكوك الغفران للنفس الخاطئة فالنفس الخاطئة تحتاج الى مراحم يسوع لا الى غفران البابا وكان اللوثريون يقومون بخدمة الأسرار المقدسة دون أن يرتدوا رداء كهنوتيا ثم اباحوا ترجمة عبارات التقديس من اللاتينية الى الجرمانية وانكروا الرهنة كل ذلك جعل بابا روما يثير غضب السلطان الحاكمة فى ألمانيا على زعيم تلك الحركة وشاءت الحكومة الألمانية أن تسرق مارتن لوثر ولكن صادف ذلك احتجاج عظيم من أتباع مارتن لوثر

(١) المرجع السابق .
(٢) المرجع السابق .

وكان قد بلغوا عددا كبيرا فعدلت الحكومة عن رأيهـا ولذلك يعرف اللوثريون بالمحتين Protestants • ومن زعماء ذلك المذهب ومؤسسة جون كلفن الفرنسى (١) • ومن أشهر مؤلفاته لنظم المسيح institas Christian

اما عن دخول المذهب البروتستانتى الى مصر ، فيقول البـاحثون انه فى القرن التاسع عشر وفد على الاسكندرية الدكتور لانسن الامريكى وهوج الاسكتلندى وبعد أن اقاما بها وقتا طافا فى البلاد خاصة الوجه القبلى ينشران مبادئهما اللوثرية تحت ستار الوعظ وخلاص النفـوس فانقاد لهم كثير من بسطاء العقول الذين وجدوا فى تقصير الكنيسـة المضطهدة مبررا لانحرافهم (٢) واستطاع هوج أن يؤسس عدة كنائس تدين بمذهبه •

وفى يوم ٢٣ مايو ١٨٦٠ اجتمع أول مجمع مصرى فى الاسـكندرية وكان لكل اعطائه من المرسلين وفى يوم ١٥ فبراير ١٨٦٣ رسم المجمع أربعة شيوخ وثلاثة شمامسة للكنيسة الأولى بالقاهرة وقد اعتبر هـذا التاريخ بدأ الكنيسة الانجيلية فى مصر (٣) •

وتعرف الكنيسة البروتستانية فيما يخص ادارتها بالكنيسة المشيخية وعنها قال أحد القادة اللاهوتيين « تعتبر الكنيسة مشيخية عندما تعترف أن أعلى منصب فيها هو الشيخ باعتبار أن القسيس شـيخ معلم وان الهيئة العليا فيها تتكون من الشيوخ وتعتبر الكنيسة المشيخية بروتستانتيه لانها تتمسك بالمبـادىء الأساسية للاصلاح •• وكان كلفن يختارهم بدقة فائقة اذ عرف مقدار أهميتهم فى الكنيسة ولـكى يساعد القسيس فى عمله ويعينه فى مراقبة الكنيسـة انشأ له مجلسان من الشيوخ وزاد

---

(١) اعده ابوه ليكون محاميا الا انه بعد وفاة والده اشتغل بالأدب ثم تفرغ فجأة للاهدت بعد أن اعتنق المذهب البروتستانتى •

(٢) مجلة تعاليم الكنيسة السنة الأولى العدد الخامس •

(٣) دستور الكنيسة الانجيلية بالجمهورية العربية المتحـدة ١٩٦٧ ص ٩ •

على ذلك بان كون مجالس أخرى من جماعة الشماسة للخدمة المادية وبذلك يكون كلفن أول من وضع النظام الشيخى فى نظام ادارة الكنيسة المسيحية » (١) .

والكنيسة الانجيلية فى مصر أنها تعترف بالعقيدة الكالفينية الا أنها تركز أساسا على اقرار الايمان الوستمسترى Westminsrer Confession (الذى أقره المحفل العام للسنودس فى عام ١٩٤٥ الذى انعقد فى مدينة وستمنستر بانجلترا) مرجعها الأخير الكتاب المقدس » (٢) .

رابعا ـ انقسام المذهب الى طوائف

ولم الأمر عند تعدد المذاهب فى المسيحية بل أنه حيث صار للمذهب الواحد أتباع فى مختلف الأقاليم ، تأثرت بعض قواعد المذهب عند أهل لا اقليم بتقاليدهم ولغتهم وظروفهم وثقافتهم حتى أصبحت كنيسة المذهب الارثوذكسى الموجود فى سوريا أو اليونان .. فلما جاءت افواج مهاجرة من هذه الدول الى مصر واستقرت بها وأصبحوا مصريين ظلوا متمسكون بمذهبهم وأحكامهم الخاصة وصار المصريين بالتجنس ينتمون الى طوائف مختلفة ، فالطائفة لا تعنى جنسية فالمشرع حين يتكلم عن منازعات الأحوال الشخصية بين المصريين المنتمون الى طوائف مختلفة يفرق بين الطائفة والجنسية وان الطائفة أن تعبر عن اتباع الكنيسة الاقليم الأصلى الذى انحدرت منه تلك الفرقة بما لذلك من دلالة فى وجود أحكام خاصة آثر المشرع المصرى كما بينا سابقا الاعتراف بتلك الطوائف واعطاء أبناء تلك الطائفة حق الالتجاء الى قضاء خاص بهم والى شريعتهم الخاصة وبذلك تعددت قوانين الأحوال الشخصية للمصريين فى مصر وليس فقط بقدر تعدد الديانات أو المذاهب وانما أيضا الطوائف .

ولقد تعددت طوائف المذهب الارثوذكسى والكاثوليكى فهناك طائفة الأقباط وهم من أصل مصرى وطائفة السريان وهم من أصل سورى

---

(١) المرجع السابق ص ٨ .
(٢) المرجع السابق ص ٢ .

وطائفة الكلدان وهم من أصل عراقى وطائفة الموارنة ومن أصل لبنانى وطائفة الروم وهم من أصل يونانى وطائفة الأرمن وهم من أصل أرمنى (١) وطائفة اللاتين وهم من أصل أوربى . بينما شكل اتباع المذهب البروتستانتى طائفة واحدة .

المبحث الثانى

التعريف بالمسيحية كشريعة

نقصد بالمسيحية كشريعة النظر اليها كمصدر لأحكام تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع وتكو ن فى مجموعها ما يسمى بالقانون الكنسى .

ومصادر الشريعة المسيحية بالنسبة للمذهب الكاثوليكى والارثوذكسي هو الكتاب المقدس ويشمل العهد القديم أى التوراه والعهد الجديد أى الانجيل (٢) والعرف وقرارات المجامع وهى نوعان مجامع عامة أو مسكونية ومجامع اقليمية ، ورسائل الرسل وهى فى الحقيقة قليلة ان وجدت كرسائل بولس الأول وقوانين الرسل وهى كتابات لم يضعها الرسل حقيقة وانما وضعت بعدهم ونسبت اليهم حتى تزداد قيمتها عند المسيحيين وهذه الكتابات شملت خمس كتب هى كتاب الديداخا أو فقه الرسل الاثنى عشر ويرجع تاريخ وضعه الى القرن الثانى للميلاد وكتاب الدسقلية أو تعاليم الكنيسة ويرجع تاريخ وضعه الى القرن الثالث الميلادى وكتاب يعرف باسم المرسوم الكنسى المصرى ويرجع تاريخه الى القرن الثالث الميلادى وهناك رواية أخرى لهذا الكتاب تعرف باسم سنة الرسل . ورابعا كتاب القواعد الكنسية ويرجع الى القرن الثالث أو الرابع وخامسا كتاب القواعد الشرعية اللاحقة الصعود ويرجع تاريخه

---

(١) كان للأرمن فى التاريخ مملكة تقع على حدود تركيا وفى فترة معينة استولت عليها تركيا وانتهت مملكة الارمن من الخريطة . وان كنا نسمع فى الأيام الحاضرة عن منظمات تعمل لاحياء تلك المملكة .

(٢) ونشير الى أن الأناجيل المعتبرة والمعتمدة عند المسيحيين كافة هى أنجيل متى وانجيل مرقس وانجيل لوقا وانجيل يوحنا . وهذه الأناجيل لم يملها المسيح ولم تنزل عليه بوحى ولكنها كتبت من بعده . للشيخ محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٣٨ .

أيضا الى القرن الثالث أو الرابع • وهذه الكتب فى حقيقتها عبارة عن السنة التى جرى عليها المسيحيون الأوائل (١) • ومن مصادر الشريعة أيضا كتابات القديسيين وآباء الكنيسة ومراسيم المطارنة • أما مصادر الشريعة عند البروتستانت فقد انحصرت فى الانجيل •

وتجب الاشارة الى أن الفقه والقضاء فى الوقت الحاضر عندما يبحث أحكام الشريعة المسيحية لا يرجع الى تلك المصادر الأولى وانما هناك مؤلفات ذات ثقة وتقنينات غير رسمية (أى لم يصدر بها تشريع من الدولة) • أهم هذه المؤلفات والتقنينات بالنسبة للأقباط الارثوذكسى مجموعة القواعد الشرعية لكيرلس بن القلق وضعت فى القرن الثالث عشر وكان بطريرك الاسكندرية وكتاب المجموع الصفوى لابن العسال وكتاب الخلاصة القانونية فى الأحوال الشخصية للأنبا ايغومانوس فيلوثاءوس وضع فى القرن التاسع عشر • وفى عام ١٩٣٨ أصدر المجلس الملى العام للأقباط مجموعة تضم عدة مواد جامعة لأحكام الشريعة القبطية الارثوذكسية ومازال يرجع اليها كأحد مصادر تلك الشريعة فقد اكسبها تكرار التطبيق قوة العرف ، وفى عام ١٩٥ أقر المجمع المقدس والمجلس الملى العام مشروع قانون الأحوال الشخصية ومازال مشروع ولم يصدر به قانون ويرجع اليه ، باعتباره الرأى الشرعى الحديث للأقباط المصاغ بطريقة تحاكى التشريع الوضعى (٢) •

أما بالنسبة للكاثوليك فانه يوجد بالنسبة لهم على اختلاف طوائفهم الارادة الرسولية لبابا روما والموجه عام ١٩٤٩ •

وبالنسبة للبروتستانت يرجع الى قانون أصدرته الحكومة المصرية عام ١٩٠٢ وقد استمد أحكامه من الشريعة الاسلامية وقوانين الأقباط الارثوذكسى •

---

(١) شفيق شحاته ـ أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ـ الجزء الأول مصادر الفقه المسيحى ١٩٥٧ فقرة ١٨ .

(٢) يلاحظ الفقه ان المجلس الملى العام الذى أقر مجموعة ١٩٣٨ ليس جهة مختصة باصدار ما يعد شرعية . كما ان المجمع المقدس الذى أقر مشروع ١٩٥٥ ولو انه جهة مختصة باصدار ما يعد شريعة الا ان الأغلبية اللازمة لمثل ذلك لم تتوافر .

ونشير الى أن وجود تلك المصادر القريبة للشريعة المسيحية لا تمنع القاضى من الرجوع الى المصادر الأولى • ونشير أيضا الى أنه لا يوجد ترتيب رسمى لهذه المصادر يجعل لبعضها يتقدم البعض ومع ذلك فالكتاب المقدس يقدم على الجميع ثم يليه فى الأهمية العرف ثم الاجماع المتمثل فى قرارات المجامع ثم كتب الرسل والمجموعات المشار اليها والفقه الحديث وعندما صدر قانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ ونص على أن يترك غير المسلمين المتحدى فى الملة والطائفة •• الى شريعتهم اطلق اللفظ ولم يحدد تلك الشريعة بمصدر محدد ، مما يجب معه فى رأى أغلب الفقهاء مراعاة هذه المصادر جميعها وعدم الوقوف عند الكتاب المقدس لأن ذلك لا سند له من النص (١) •

الفصل الثانى

اليهودية
(ديانة وشريعة)

اليهودية هى ديانة سيدنا موسى والكتاب المقدس هو التوراة وتمتاز التوراة أو كما تسمى العهد القديم بأنها تتضمن كثير من الأحكام الخاصة بالمعاملات والأحوال الشخصية •

ولقد انقسم اليهود من حيث الديانة والشريعة الى فريقين هم اليهود الربانيين واليهود القرائن • وسبب ذلك الانقسام هو الخلاف حول القيمة الشرعية للتلمود • والتلمود هو كتاب يشمل جزئين جزء يسمى المشنا وهو خاص بما انزله الله على سيدنا موسى وأمره أن يبلغه شفاهة بجانب التوراة •ودفع حرص اليهود على المشنا الى كتابتها واضافوا عليها شروح وتعليقات كونت الجزء الثانى من التلمود ويعرف بالجمرا • فاليهود الربانيون يعترفون بالتلمود بجانب التوراة كمصادر للشريعة والديانة اليهودية ، أما القرائون فهم لا يؤمنون بالتلمود ويقفون عند التوراة وهم أشبه بالانجيليين ولم يقف القرائون موقف الجمود أمام

---

(١) توفيق فرج — المرجع السابق ص ١٣١ — عبد الودود يحيى المرجع السابق ص ٤٢ •

نقص بعض أحكام التوراة فى بعض المواضع بل اتبعوا القياس ونشأت منهم اعراف وانعقد اجماعهم على أحكام معينة ، كل ذلك أثرى مصادر الشريعة عندهم (١) •

واليهود المصريين فى مصر ثلاث طوائف هى طائفة الربانيين فى الاسكندرية والبحيرة وطائفة الربانيين على عموم القطر ما عدا الاسكندرية والبحيرة • وطائفة القرائين على عموم • ولم تقر الحكومة المصرية تقسيم الربانيين الى طوائف بحسب التقسيم العالمى لليهود الربانيين الى السفاراديم والاشكنازيم والطائفة الأولى تشمل يهود الشرق وشمال أفريقيا والاندلس والطائفة الثانية تشمل يهود أوربا وألمانيا وبين الطائفتين فروق خاصة بالزواج والطلاق وأخرى بالصلوات والذبيح واللغة الدينية بما استوجبت لفصال كنائسهم (٢) •

---

(١) جميل الشرقاوى المرجع السابق ١٩٧٦ فقرة ٢٠ ، ٢١ .
(٢) احمد صفوت المرجع السابق ص ١٠١ .

الكـــتاب الأول

شريعة الأقباط الأرثوذكس

فى الخطبة والزواج

مقدمة

أولا ـ الأهمية الخاصة للزواج

تقوم دراستنا للزواج بالنظر الى مجتمع يقوم على أساس الديانات السماوية وبالنظر الى مجتمع متحضر ، وبذلك تتخطى فى دراستنا الصور الأولى للمجتمعات البدائية التى وجدت فى قرون سحيقة قبل الميلاد . فى ضوء ذلك يمكن فى نظرنا ارجاع الأهمية الخاصة للزواج الى أمرين :

١ ـ عقد الزواج أساس الأسرة :

عقد الزواج يختلف عن غيره من العقود فهو ليس أبدا من العقود الواردة على عمل أو الأشياء . انه العقد الوحيد الذى ينظم العلاقة بين نوعى الجنس البشرى ، ولكن أى علاقة ، علاقة حل الاستمتاع وبذلك يسمو بتلك الغريزة غريزة استمتاع كل نوع بالآخر عند الانسان لتتم بين زوجين . فلا يجوز أن يشبه الانسان بالكائنات الأخرى، وهو الذى سمت مكانته عند الله فوق الملائكة اذ قال تعالى « واذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم .. » ، فيترك الذكر يهيم على الأرض يأخذ استمتاعه من أى اثنى دون رابط محبة الكائنات الأخرى دون أن يجدا الاستمتاع الحيوانى تحت سمع وبصر الكائنات الأخرى دون أن يجدا سقف واحد يسكن فيه كلاهما للآخر ولذلك كله شرع الله الزواج وقدره مع بدء الخليقة ، قال تعالى « يا أيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها » وقال تعالى « ومن آياته أن خلق من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها » مع ضرورة ملاحظة أن غريزة الاستمتاع لم يخلقها الله عند الانسان (ومثله فى هذا كسائر المخلوقات) كهدف فى ذاتها وانما شاء الله ان يتم حركتهما استمرار الجنس البشرى . تحقيقا لكل هذه المعانى كان لابد من تنظيم العلاقة بين الذكر والأنثى من بنى الانسان تنظيما سمى بالزواج ، وكان لابد أن يشمل ذلك التنظيم علاقة الولدان بأولادهما تلك العلاقة سميت بالنسب ، فالزواج يجمع بين الأصول والنسب يجمع بين الأصول وفروعهم وان نزلوا .

وبهذا الزواج والنسب يتم ميلاد خلية اجتماعية هى الأسرة • وبدون هذا الزواج والنسب تكون العلاقة بين الذكر والأنثى علاقة استمتاع بحت تحكمها الظواهر الاقتصادية وتبادل المنافع • أما الأسرة فهى ليست مجرد تجمع بشرى أو اقتصادى لأنها فارقت التجمعات البشرية والاقتصادية فى كثير من القواعد مثل قاعدة المساواة أو الاستقلال الاقتصادى أو التعادل فى الالتزامات • ويسيطر عليها وحده المصلحة فلا أحزاب ولا شيع ، وليس فيها توزيع ربح أو تحمل خسارة وليس فيها فردية ولكن ليس فيها الغاء للشخصية القانونية للأبناء أو الزوجة لصالح الزوج أو الأب •

من وحى كل هذه المعانى عرف البعض عقد الزواج بأنه « عقد الحب بين الرجل والمرأة على وجهه المشروع » (١) •

٢ - بقاء الزواج بدون قانون موحد

أشرنا من قبل الى أن الزواج لم تشمله حركة التوحيد وظل وحده منطقة فريدة يطبق فيها القانون المصرى تطبيقا شخصيا يعتمد على اختلاف الدين • وينادى جمهور الفقهاء بتوحيد القانون فى هذا المجال أيضا (٢) وفى رأيهم أن عدم التوحد يمس بسيادة الدولة ، ومن ناحية أخرى فان القانون الموحد سهل التطبيق أمام المحاكم ، كما أنه فرصة لاصدار تشريعات بالشرائع ومن جانبنا لا نؤيد ادعاء التوحيد الشامل ، لأنه مهما تكن مزايا القانون الموحد فانه لا يجوز أن يتم اذا كانت له خطورة اجتماعية أو ضد تقاليد مذهب أو طائفة معينة مما يعتبره أهلها من الأمور المقدسة (٣) • كما أن التوحيد أن تم فى هذا المجال فانه يتم بأحد أسلوبين

---

(١) حسن الشمس مجلة الأحكام الشرعية السنة الأولى ١٩٠٢ العدد الثالث ص ٤٩ .

(٢) شفيق شحاته احكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين الجزء الأول ص ٨ - أهاب حسن اسماعيل المرجع السابق ص ١٠ - أحمد سلامة المرجع السابق ص ٨ - عبد الودود يحيى المرجع السابق ويشير الى العديد من الفقهاء فى نفس الرأى .

(٣) قرب توفيق فرج حيث أنه وان كان من انصار التوحيد الشامل بين المسلمين وغير المسلمين الا انه يتحفظ بالنسبة للمسائل التى تمس العقيدة - المرجع السابق ص ٢٢ ، ٢٤ .

كلاهما يجانبه الصواب فى نظرنا • وأحد الاسلوبين هو الالتجاء الى التفكير الحر والاقتباس واغفال ما جاء بالشرائع الدينية من أحكام وهذا غير صائب لانه ابتعد عن المصادر المادية الطبيعية للتشريع فى هذا المجال (١) • والأسلوب الآخر هو تغليب حكم شريعة على أخرى وهو أيضا غير صائب اذا كانت الاختلافات بين الشرائع جوهرى كما هو الحال فى معظم أحكام الزواج •

وليس فى عدم التوحيد فى نظرنا ما يمس سيادة الدولة أو يضع الدين والوطنية فى صراع مادام كل ذلك يتم من مشروع وطنى لدولة مستقلة كاملة السيادة لا تتلقى أوامر من جهة خارجية دينية أو حكومية تتدعى لنفسها الحماية أو الهيمنة الدينية على الوطنيين •

ومن ناحية أخرى نرى أن اصدار تشريعات بأحكام الشرائع الدينية غير مرتبط بالضرورة بالتوحيد ؛ فالذى لا نؤيد هو التوحيد وليس التشريع ، ولا سيما أن مصادر الشرائع متعددة وأحيانا تكون مؤلفات غير مطبوعة أو غير منشورة أو منشورة بلغة غير اللغة العربية ؛ ولا سيما بعد الغاء المجالس الملية • أما قبل الغاء تلك المجالس فكان غير المسلمين يحتكمون الى قضاة من أبناء طائفتهم وعندهم علم بأمور دينهم • وجدير بالاشارة الى أن صدور تلك التشريعات لن يقلل من أهمية المصادر الشرعية فهى ستكون بمثابة المصادر المادية للتشريع وتكون بذلك عونا للقاضى فى تفسير هذا التشريع •

ونشير الى أن حجم مشكلة التوحيد ليس بالخطورة وذلك لأن الشريعة الاسلامية تحكم زواج غير المسلمين فى كثير من الحالات ، كما أن التوحيد تم فعلا فى كل ما يتعلق بالاجراءات • ونرى أنه يمكن أن يتم التوحيد فى مواضع أخرى كتوثيق الزواج وتنفيذ حكم الطاعة والنفقة بسبب الزوجة القائمة أو المنحلة أو القرابة والولاية على النفس والحضانة وحق المطلقة فى سكنى منزل الزوجية السابق وقواعد اثبات

(١) راجع سابقا ص ٤٠ .

والفرق بينهما (بالاضافة الى ما سبق) ان الأصل فى العقد ان يترك للارادة الا ما استثنى والأصل فى النظام القانونى أنه يترك للقانون الا ما استثنى . واذا كانت بعض الأنظمة القانونية يوجد فيها الشخص تلقائيا بقوة القانون (كالحالة والأهلية ..) فانه لا مانع انه يوجد فى بعضها الآخر بارادته ومشاركة الارادة والقانون توفيق بين مبدأ سلطان الارادة ومقتضيات النظام العام . ويترتب على استبعاد ذلك الخلط أن عقد الزواج يخضع دائما ، لشريعة العقد أما الزواج فيخضع للشريعة التى يكون واجب تطبيقها بالنظر الى حالة الزوجين وقت رفع الدعوى (١) . فمثلا اذا تزوجت مسلمة بمسيحى كان الزواج باطلا وفقا لشريعة العقد وهى الشريعة الاسلامية وكان هناك محل لدعوى بطلان الزواج لادعوى فسخ ، وعلى العكس لو تم عقد الزواج بين أثنين متحدى الملة والطائفة ثم أسلمت الزوجة فان الدعوى التى التى يجب أن ترفعها ليست دعوى بطلان عقد الزواج ، وانما هى دعوى فسخ وتفريق بينها وبين زوجها المسيحى الذى لا يجوز لها الاستمرار فى معاشرته طبقا للشريعة التى تحكم الزواج بعد اسلام الزوجة وهى الشريعة الاسلامية .

ويترتب على ذلك أيضا أن الزواج كنظام قانونى يخضع للقانون الجديد بأثر فورى ، أما العقد فيظل خاضعا للقانون القديم الذى انعقد فى ظله .

ثانيا — الأهمية الخاصة لشريعة الأقباط الارثوذكس

نفضل اذا أردنا الدقة فى التعبير شريعة الكنيسة القبطية الأرثوذكسية (٢) أى شريعة الكنيسة المصرية الأرثوذكسية فالشريعة يجب أن تنسب الى الكنيسة لا الى اتباعها . فاذا كانت كلمة قبطى — كما هو متفق عليه — تعنى مصرى (٣) ، فليس صحيحا أن أتباع هذه الكنيسة

(١) راجع ما سبق ص ٤٤ .

(٢) ورد فى بعض مواد مجموعة احكام الأحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس ١٩٢٥ اصطلاح « الكنيسة القبطية الارثوذكية » مثل مواد ٥ . ١٤ ، ٣٢ .

(٣) ثوت أنيس الاسيوط نظام الأسرة بين الاقتصاد والدين ص ١ — زكى شنودة تاريخ الاقباط الطبعة الأولى ١٩٦٢ ص ١١ .

من المصريين لأصليين فقط بل تبعها من هم من أصل سورى أو ... أو حبشى . ولذلك انفصل فى نظرنا المدلول الدينى لكلمة قبطى ... المدلول التاريخى والحضارى فالأول يعنى اتباع الكنيسة المصـ... الثانى فيعنى الأصل المصرى . وكلمة قبطى هى تحوير لكلمة « ... Gypt » وهذه مشتقة من كلمة اجيطوسى Aigyptos وهو ... الذى أطلقه قدماءَ الاغريق على مصر . وعلى أية حال فكلمة قبطى ... دلالتها على هذين المدلولين تفضل كلمة مصرى حيث أصبحت ... الأخيرة تعبر عن الجنسية .

وفى مصر تشكل طائفة الأقباط الآرثوذكس أغلبية المصريين ... كما أن لها رئاسة دينية مستقلة فى مصر ، كما أن مصادر ... مطبوعة ومنشورة .

ثالثا ـ تقسيم

نقسم هذا الكتاب الى عدة أبواب على النحو التالى :

الباب الأول ـ الخطبة .

الباب الثانى ـ انعقاد الزواج .

الباب الثالث ـ آثار الزواج .

الباب الرابع ـ فسخ الزواج .

الباب الأول

الخطبة

يصدق على الخطبة ما سبق أن قلناه بالنسبة للزواج من أنها نظام قانونى ينشأ من اتفاق ، فلا شك أن الخطبة تتضمن أحكاما هامة آمرة تتعلق بالنظام العام كعدم الزام الخطبة .

ونرى تقسيم هذا الباب الى ثلاثة فصول : نتناول فى الفصل الأول عقد الخطبة ونتناول فى الفصل الثانى موانع الخطبة ونتناول فى الفصل الثالث أحكام الخطبة .

الفصل الأول

عقد الخطبة

نقسم هذا الفصل الى مبحثين : المبحث الأول نخصصه لركن الرضا فى الخطبة ونخصص المبحث الثانى الشكلية فى عقد الخطبة .

المبحث الأول

الرضا فى الخطبة

الخطبة تمهد للزواج وتهىء له ولكن مع ذلك ليست سطرا من الزواج ، فلقد انتهى التطور فى الشرائع المسيحية الى أن عقد الخطبة لا يغنى عن ابرام عقد الزواج [1] . وبذلك يتحدد محل الرضا فى العقد

---

(1) كان القانون الرومانى القديم فى عصوره الأولى يعتبر الخطبة شطر من شطرى عقد الزواج فهى تواعد ملزم ويتم عند ذلك التواعد الرضا بالزواج اما الشطر الثانى فهو تنفيذ ذلك التواعد بانتقال الزوجة الى منزل الزوجية وبالتنفيذ فقط يتم الزواج فالتواعد المتبوع بالتنفيذ هو عقد

الأول بموجبات الخطبة فقط وهى التعريف والتقريب الشرعى بين ذكر وأنثى دون التمكين من الدخول والالتزام بابرام عقد الزواج فى المستقبل ما لم يوجد مبرر شرعى لفسخ الخطبة ، ولولا وجود هذا الالتزام لأصبحت الخطبة مجرد صداقة (١) • ولقد عرفتها المادة الأولى من مجموعة الأقباط الارثوذكس لعام ١٩٥٥ بأنها « عقد بين رجل وامرأة يعد فيه كل منهما الآخر بالزواج فى أجل محدد » •

ولكن ليس كل رضا على هذا النحو بخطبة قانونية الا اذا تم فى اطار العلانية والشكلية التى حددتها الشريعة والقانون ولذلك نرى أن عقد الخطبة عقد شكليا •

وعقد الخطبة باعتباره من علاقات القانون الخاص يخضع لأحكام القانون المدنى بالقدر الذى يتفق مع طبيعته ولا يتعارض مع حكم خاص وارد فى الشريعة •

وعقد الخطبة له طرفان وفى هذا تنص المادة ٤ من مجموعة ١٩٥٥ « تقع الخطبة بين الخطيبين بايجاب من أحدهما وبقبول من الآخر » وعلى هذا فان الخطبة لا تنعقد بارادة واحدة يأتى التعبير عنها ممن يريد خطبة شخص معين وانما يجب أن تصادف تلك الارادة أو ذلك الايجاب قبول من الطرف الآخر •

واشتراط الارادة يستلزم طبقا لأحكام القانون المدنى أن يأتى التعبير من شخص مميز فاذا جاء التعبير من شخص عديم التمييز لصغر السن كأن كان دون سن التمييز وهى محددة بسبع سنوات فى القانون المدنى أو لمرض عقلى كالجنون أو عته فانه لا يعتد بهذا التعبير • واعمالا لقواعد القانون المدنى من ناحية أخرى لا ينعقد العقد بارادة هازلة ويجوز

=

الزواج . وذلك التنفيذ يتم بالاختيار ولم يكن مسموح فيه باجبار الا ان الناكل للوعد يتعرض لدفع تعويض . المهم أن الخطبة لم تكن موجودة بل هو زواج تبدأ مراحله بابرام الوعد . د. شفيق شحاته المرجع السابق فى الخطبة فقرة ٦٢ .

(١) راجع لاحقا أحكام الخطبة .

اثبات ذلك ، وحيث انه لم يرد حكم فى الشريعة القبطية يوجب أخذ الهازل بتعبيره فانه يجب أعمال القاعدة (١) .

كما أن القواعد العامة تقضى بضرورة أن تكون الارادة فى اتجاهها نحو الارتباط بعقد الخطبة غير واقعة تحت تأثير اكراه أو غلط أو تدليس دافع للمتعاقد .

وأهلية ابرام عقد الخطبة تتحدد ببلوغ سنين أحدهما سن الولاية على النفس وهى احدى وعشرين سنة ميلادية وفقا لنص المادة ١٦٠ من مجموعة ١٩٥٥ (٢) وثانيهما سن جواز الخطبة فلقد حددت مجموعة ١٩٥٥ سن لا يجوز دونها الخطبة وهى السابعة عشرة بالنسبة للخاطب والخامسة عشرة للمخطوبة . وواضح أن السن الأول يغنى عن الثانى ومع ذلك فان ذكرهما من قبيل البيان الضرورى .

فان كان الخاطب أو المخطوبة قد بلغا سن الخطبة ولم يبلغا سن الولاية على النفس كليهما أو أحدهما فان الولى على النفس يقوم مقامهما فى التعبير عن الارادة (م ١٨ ، ١٩ مج) . الا أن شريعة الأقباط لا تكتفى فى هذه الحالة برضا الولى وانما يجب أن يتوافر أيضا رضا الخاطب أو المخطوبة . أما من بلغ سنه احدى وعشرين سنة ميلادية كاملة رجلا كان أو امرأة أن يزوج نفسه بنفسه (م ١٨ مجموعة) .

فاذا ابرام القاصر عقد الخطبة دون مشاركة الولى ودون اذنه السابق أو اقراره اللاحق وقع عقد الخطبة باطلا بطلانا نسبيا لا يجوز التمسك به الا من ولى القاصر ، ونشير لى أن هذا الحكم ورد بخصوص عقد الزواج ونمده الى عقد الخطبة بطريق القياس (٣) وبطريق القياس أيضا

---

(١) فى نفس الراى توفيق فرج بخصوص عقد الزواج . المرجع السابق ص ٤٠٤ .

(٢) ويجوز للمجلس ان يقرر استمرارها . ونشير الى انه فى العقد القديم حدد سن انتهاء الولاية على النفس بخمس وعشرون سنة . الخلاصة القانونية المسألة السادسة عشرة .

(٣) المادة ٣٨ .

نقول انه يجوز للقاصر فى حالة امتناع الولى عن الخطبة أن يرفع الأمر للقاضى (م١٩/٢ مج) .

« والمخطوبة له أن لم يكن تحت ولاية غيره صحت خطبته لنفسه أما بنفسه أو بكتابه أو بمن يرضاه واسطة والا صحت خطبة وليه أما بنفسه أو بكتابه أو بمن يرضاه واسطة » (١) . وهذا يعنى أن التعبير قد يأتى بحضور الطرفين أو بالمراسلة أو عن طريق رسول أو عن طريق وكيل .

المبحث الثانى
الشكلية فى عقد الخطبة

اذا تم الايجاب والقبول على النحو السابق ذكره كنا أمام خطبة بسيطة لا يتولد عنها أى وعد بالزواج أو التزام باتمامه . وتكون هذه الحالة مجرد اتفاق يخضع للقواعد العامة فى القانون المدنى (٢) ، ولا يترتب عليه مسئولية عقدية بسبب العدول عنه وانما قد يكون هناك محل للمسئولية التقصيرية طبقا للقواعد العامة .

ولا تصير الخطبة وعدا بالزواج الا مع مراعاة شكلية معينة (٣) ، وليست هذه الشكلية كتابة موثقة من موثق منتدب (٤) ، وانما الشكلية لها طابع دينى تتم بحضور كاهن .

وطبقا لمجموعة أحكام الأحوال الشخصية التى أقرها المجمع المقدس للأقباط الارثوذكس عام ١٩٥٥ (٥) يقول الكاهن بعد التثبت من رضا الطرفين أو وليهما بالخطبة وخلوهما من الموانع الشرعية ومن أنهما

---

(١) المجموع الصفوى لابن العسال الباب الرابع والعشرون الفصل الثانى رقم ٢٦ .

(٢) فى نفس الرأى توفيق فرج المرجع السابق ص ٣٨٢ — شفيق شحاته المرجع السابق فقرة ٨٦ .

(٣) عبد الودود يحيى المرجع السابق ص ١١٠ فقرة ٦٧ .

(٤) نشير الى أن توثيق عقد الخطبة لم يرد بشأنه تنظيم وبالتالى فانه غير مطلوب والتوثيق اللازم هو فقط لعقد الزواج .

(٥) نشير اليها فيما بعد (مجموعة ١٩٥٥ واختصار مج)

سيبلغان فى الميعاد المحدد لزوجهما السن التى يباح فيها الزواج شرعا ، (م ٦ مج) ، بتحرير وثيقة تتضمن اثبات حضور كل من الخطيبين بنفسه أو حضور الولى عن القاصر ويذكر اسمهما ولقبهما وسنهما وصناعتهما ومحل اقامتهما وتتضمن اثبات حضور شاهدين على الأقل مسيحيين راشدين ويذكر اسميهما ولقبهما وسنهما وصناعتهما ، وكذلك اسم كل من والدى الخطيبين ولقبه وسنه وصناعته ومحل اقامته ، ويذكر المهر أو ما يقوم مقامه فى حالة الاتفاق عليهما وتتضمن اثبات التحقق من خلو الخطيبين من الموانع الشرعية للزواج وتتضمن اثبات رضا الطرفين بالزواج ويحدد ميعاد لعقد الزواج ويجوز باتفاقهما فيما بعد تعديل ذلك الميعاد — على أن يؤشر بهذا التعديل فى ذيل وثيقة الخطبة ويوقع عليه من الطرفين ومن الكاهن — وبعد اتمام بيانات الوثيقة طبقـا للمادة الخامسة . يقوم بالتوقيع عليها كل من الخاطب والمخطوبة وولى القاصر منهما — ويفهم من ذلك أن توقيع الولى لا يغنى عن توقيع القاصر . (حيث أن المستعمل هو حرف « واو » وليس حرف « أو » ويجب توقيع الشهود والكاهن الذى حصلت على يديه الخطبة . وبعد ذلك تتلى الوثيقة على الحاضرين ويقوم الكاهن بتلاوتها وحفظهـا بعد ذلك فى سجلات خاصة بدار البطريركية أو المطرانية أو الأسقفية التى حصلت الخطبة فى دائرتهـا . هذا هو مجمل الشكلية الدينية ولا يلزم القيام بالصلاة الرسمية .

وبعد ذلك يتم الاعلان عن الخطبة للناس بطريق تحرير ملخص من الوثيقة يقوم الكاهن الذى باشر الخطبة باعداده فى ظرف ثلاثة أيام من تاريخ الخطبة ويعلق الملحق فى لوحة الاعلانات بالكنيسة ، ويبقى الملخص معلقا مدة عشرة أيام تشتمل على يوم أحد ، واذا لم يتم الزواج فى خلال سنة من تاريخ انقضاء ميعاد العشرة الأيام المنصوص عليها فلا يجـوز

حصوله الا بعد تعليق جديد ولمدة عشرة أيام . ويجوز عند الضرورة للرئيس الدينى (الأسقف أو المطران) الاعفاء من هذا الاجراء .

ويجوز بمجرد الاعلان عن الخطبة المعارضة فى الزواج على أن تتم تلك المعارضة فى خلال عشرة أيام من الاعلان . وأسباب المعارضة كما حددتها المادة ٣٩ من المجموعة هى موانع الزواج ، ويرى بعض الفقهاء أن المعارضة تجوز لكل سبب يكون من شأنه أن يؤدى الى بطلان الزواج (١) (أسباب عددتها المادة ٣٦ وما بعدها من المجموعة) . وقد حددت المواد ٢٩ ، ٣٠ من المجموعة الأشخاص الذين يحق لهم المعارضة واجراءاتها ويختص بنظرها المجلس الملى (ألغى الاختصاص القضائى للمجالس الملية وحل محلها القضاء) (١) ولا يجوز عقد الزواج فى وقت لاحق الا اذا قضى برفض المعارضة انتهائيا .

ونشير الى أن الشريعة المسيحية تطورت بشأن الخطة فكان الفقه القديم يعرف الخطبة والاملاك « وتقديم الخطبة والاملاك على التزويج ليكون الرضى به برؤية تامة » (٢) الى أن أمر البطريرك كرلس الرابع بمنعه ومن يومها استقر أمر الشريعة القبطية على الاختصار على الخطبة (٣) .

وكان الاملاك يختلف عن الخطبة من حيث الشكلية الدينية فهى فى الاملاك اجراءات أطول وأشد قدسية « فالاملاك يعقد بحضور كاهنين شيخين يوضع الصليب والخاتم ويتقاطع على المهر ويكتب مكتوب (٤) .

---

(١) جميل الشرقاوى المرجع السابق ١٩٧٢ ص ٢٢ .
(٢) المجموع الصفوى الباب الرابع والعشرون الفصل الثانى رقم ٤٨ .
(٣) الخلاصة القانونية فى الأحوال الشخصية للكنيسة الاقباط الأرثوذكسى تأليف الايغومانس فيلوثاؤس ص ١٩ هامش ٣ .
(٤) المجموع الصفوى رقم ٥٠ .

وكان ينظر للاملاك على أنه عهد وميعاد لتزويج مستأنف بل عبرت عنه بعض النصوص بالتزويج (١) وكان من شدة تقارب الاملاك من الزواج ان هناك موانع كانت تمنع من الاملاك والزواج ولم تكن تمنعه من الخطبة ولم يكن يصح الاملاك لمن هم دون سن السابعة ، وكان يمكن أن يكون بمكاتبه أو بغير مكاتبه . ومما يذكر أن الاملاك نظام أخذ عن المصريين القدماء (٢) .

وأخيرا نشير الى أن يجب تقديم محضر الخطبة الذى حرره الكاهن الى الكاهن الذى سيباشر اثبات عقد الزواج (م ٣١ مج) مما يوضح أن الخطبة مرحلة تسبق كل زواج حتما .

---

(١) المجموع الصفوى رقم ٥١ حيث ورد انه يجوز التزويج بلا جهاز ولا مهر وهو وارد فى حد الاملاك .

(٢) تذييل الصفوى ص ٢٥٧ .

الفصل الثانى

موانع الخطبة

موانع الخطبة هى نفسها موانع الزواج فاذا كان الزواج لا يجوز لسبب معين فان نفس السبب يكون مانع أيضا من الخطبة فالخطبة باب الزواج . ويوجد عدد قليل من الموانع تمنع من الزواج ولا تمنع من الخطبة ويجب أن يكون النص واضح فى ذلك . ويشترط الا يوجد مانع عند الخطبة والا يظهر مانع الخطبة .

وتنص المادة الثانية من مجموعة ١٩٥٥ « لا تجوز الخطبة الا بين من لا يوجد مانع شرعى من زواجهما » وتنص المادة الخامسة فى فقرتها الرابعة « على الكاهن الذى يحرر وثيقة الخطبة اثبات التحقق من خلو الخطيبين من موانع الزواج الشرعية » ونفس الحكم ورد مرة ثانية فى المادة السادسة وجاء فى المجموع الصفوى لابن العسال « الخطبة لا تصح لمن ظهر انه لاتصح زيجته » . ومن حسن الطالع اننا نوافق فى خطتنا المجموع الصفوى حيث أن تحديد موانع الزواج وردت فى الفصل الثانى من الباب الرابع والعشرون وهو خاص بالخطبة ، وردت العلة فى ذلك صريحة انه « يقدم ذكر التزويج الممنوع منه حتى لا يقع فيه خطبة ولا املاك » .

ويمكن أن نقسم الموانع الى موانع نهائية وموانع مؤقتة وموانع جزائية وموانع مخالفة للنظام العام — وموانع الرضا والأهلية .

المبحث الأول

موانع نهائية

وهذه تنقسم الى موانع قرابة وموانع شخصية . ووصف نهائية يعنى انها موانع لا يرجى زوالها وانها شاملة فلا تجوز خطبة ولا زواج مع وجودها وانها ليست اختيارية فلا تجوز الخطبة أو الزواج مع وجودها

ولو رضى الطرفان أو اذن به ولى القاصر ، وتقع الخطبة أو الزواج باطلا وللزوجين ولكل ذى شأن حق الطعن فيه • وأنها تمنع الزواج الأول كما تمنع الزواج الثانى المتعاقب وانها آتية من الشرع ولا تتوقف على حكم القاضى •

المطلب الأول
موانع القرابة

والقرابة تنقسم الى قرابة طبيعية وقرابة زوجية وقرابة وضع وقرابة روحية •

اولا - القرابة الطبيعية أو بالطبع

وهى قرابة الدم وهى توجد بين كل من يجمعهم أصل مشترك (أى مبدأ واحد وزرع واحد) • وهى اما قرابة مباشرة وهى توجد بين الأصول والفروع وقرابة حواشى وهى باقى الأقارب الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا أو أصلا للآخر •

ولو أردنا الوقوف على حكمة التحريم بسبب القرابة بنوعيها ، فيكفى أن نقول أن الحياء الذى لا يتفق مع الغريزة الجنسية يوجد بين الأصول والفروع مهما نزلوا أو مهما علوا والنظر منجه الى مجتمع من بنى الانسان المتحضر الذى صقلته الأديان • كما أن الحياة الزوجية لاتخلو من منازعات وهذا لا يتفق مع ما يجب أن يعامل به الشخص أمه أو جدته أو أخته • كما أن الزواج من غير الأقارب يزيد من تعارف الشعوب ، وقد يؤتى بنسل قوى • وبالنسبة لمانع المصاهرة « فالواقع أن حكمة تحريم الزواج لقيام مانع المصاهرة هى رفع الحرج عن الزوجين حتى يستطيع الاختلاط بأقرب الناس اليهم مثل الأبوين والأخوة دون ما خوف أو قلق وحدوث علاقات جانبية بين أقارب أحد الزوجين والزوج الآخر فلا تنقطع الصلات بين الناس ولا تفسد الأسر » (١) •

---

(١) ثروت انيس الأسيوطى - المرجع السابق ص ٩٧ .

ومع مراعاة الحكمة من التحريم المشار اليها لا يمكن اطلاق هذا الحكم فالأقارب تتقارب درجاتهم أو تتباعد أحيانا مما لا يجعل الحكمة متواجدة بين أقارب من درجات بعيدة . بل انه مع مراعاة هذا قد نصادف تطور أو تغير الشريعة القبطية بالنسبة للتحريم بسبب القرابة فى مصدر عن آخر .

وطبقا لمجموعة ١٩٥٥ للأقباط الارثوذكس المادة ٢٠ « (آ) تمنع القرابة من الزواج بالأصول وان علو أو الفروع وان سفلوا — (ب) بالأخوة والأخوات ونسلهم (جـ) بالأعمال والعمات والأخوال والخالات دون نسلهم : فيحرم على الرجل أن يتزوج من أمه وجدته وأن علت . وبنته وبنت بنته وبنت ابنه وان سفلت واخته وبنت أخته وبنت أخيه وان سفلت . وعمته وعمة أصوله وخالته وخالة أصوله ، وتحل له بنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات . وكما يحرم على الرجل أن يتزوج بمن ذكر يحرم على المرأة التزوج بنظيره من الرجال ويحل للمرأة أبناء الأعمام والعمات وأبناء الأخوال والخالات » وواضح أن تحريم التزوج من الأصول أو الفروع أو الأخوات أو الأخوة أو الأخوات غير مقيد أو محدد بدرجة معينة ، أما غيرهم من الأقارب فالتحريم قاصر على الدرجة الثالثة (١) . ويبدو أن الأمر لم يكن هكذا من البدء وانما جاء الاقتصار على الولادة الثالثة واجازة الرابعة نتيجة لأجتهاد رؤساء الكهنوت ولما لم تمنع قوانين الرسل وقوانين مجمع نيقية المتفق عليها وأكثر قوانين الملوك الزيجة من الولادة الرابعة ، أخذ اجتهادهم صفة المشروعية وكذلك الشرعية لأن اجتهادهم توخى مصلحة الجماعة المسيحية « فلما رأوا أنهم قد صاروا ذمة وقلت عدتهم فى أكثر بلادهم حتى لم يجد الشبان والشابات من الولادة السابعة وما بعدها من تحصل معه زيجته . وافضى ذلك الى

(١) يعبر أحيانا فى كتب الفقه المسيحى عن الدرجة بالولادة . وورد فى المجموع الصفوى (٢٤ — ٢ — ٣١) فأما حساب عدد الولادات فى كون بنت العم رابعة مثلا فنقول أبى ولدنى وجدى أولد ابى فهذه ولادتان وجدى اولد عمى وعمى او ولد بنته فهذه رابعة . وهذا يتفق مع حكم القانون المدنى المادة ٣٦ حيث يعتبر كل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة .

فساد غفة المتغلبين من الشهوة وربما تعدى الى الخروج من الايمان بسبب ذلك رأوا أن من المصلحة اباحة الزيجة من الولادة الرابعة » (١) ٠

ثانيا — القرابة الزوجية (المصاهرة)

قرابة المصاهرة هى قرابة تجمع بين أشخاص بسبب الزواج فأقارب الدم لكل زوج يعتبرون أقارب للزوج الآخر قرابة مصاهرة من نفس الدرجة ٠ وطبقا لمجموعة ١٩٥٥ فان قرابة المصاهرة تمنع زواج الرجل « (أ) بأصول زوجته وفروعها فلا يجوز له بعد وفاة زوجته أن يتزوج بأمها أو جدتها وان علت ولا ببنتها التى رزقت من زوج آخر أو بنت أبنها أو بنت بنتها وان سفلت ٠ (ب) بزوجات أصوله وزوجات فروعه وأصول أولئك الزوجات وفروعهن ولا بزوجات اعمامه وأخواله فلايجوز له أن يتزوج بزوجة والده أو جده أو أمها أو جدتها أو بنتها أو بنت ابنها أو بنت بنتها ولا بزوجة ابنه أ حفيده أو أمها أو جدتها أو بنتها أو بنت ابنها أو بنت بتها ٠ (ج) بأخت زوجته (٢) ونسلها وبنت أخيها ونسلها ٠ (د) بزوجة أخيه وأصولها وفروعها ٠ (هـ) بعمة زوجته وزوجة عمها وخالتها وزوجة خالها ٠ (و) بأخت زوجة والده وأخت زوج والدته وأخت زوجة ابنه وأخت زوج بنته ٠ وما يحرم على الرجل يحرم على المرأة » ٠ (م ٢١ مج) ٠ ومن التعداد السابق ميز بعض الفقهاء بين المصاهرة البسيطة وهى تربط أحد الزوجين وأقارب الدم للزوج الآخر والمصاهرة المركبة وهى تربط بين أحد الزوجين وأصهار الزوج الآخر كزوجة ابى الزوجة أو عمها أو خالها ٠ ويرون أن التحريم بسبب المصاهرة

---

(١) المجموع الصفوى ٢٤ — ٢ — ٣٠ ٠

(٢) تحريم الزواج بأخت الزوجة — بعد وفاتها — مقرر أيضا فى المجموع الصفوى وهو الجامع المعتمد لشريعة الأقباط القديمة . ووردت اشارة الى بعض فرق النصارى (من غير الأقباط) اجازت التزوج بأخت الزوجة بعد وفاتها لانه لا يوجد مانع يمنع ذلك لانه قد جاء فى التوراه بأنه لا يليق أن يجمع الرجل بين اختين مادامت على قيد الحياة . ص ٢٣١ هامش ٤ . الهوامش هى لشارح المجموع الصفوى وناشره .

المركبة جاء مضيقا على الناس دون مبرر خاص حين يكون المسيحيون قلة » (١) .

وقد تجتمع القرابة الطبيعية والقرابة الزوجية بين شخصين مما ينبغى مراعاة حكمها .

ثالثا - القرابة الوضعية

تنشأ القرابة الوضعية بسبب الاشتراك فى الرضاع أو التربية . وهذه القرابة مؤكدة فى المجموع الصفوى وفى الخلاصة القانونية . « فاذا أرضعت امرأة طفلا ذكرا أو انثى ارضاعا تاما عن قصد كوالدة لولدها صار لذلك الولد قرابة وضعية مع تلك المرأة فيكون ابنها بالوضع لا بالطبع . (كما) انه اذا تبنى رجل بولد مجهول النسب أى اتخذه كابن له نظرا لكونه عادم الذرية بحيث اشهد على نفسه بذلك وثبته فى محل رياسته الدينية ورباه تربية كاملة كوالد طبيعى صار لذلك الولد قرابة وضعية مع ذلك الرجل فيكون ابنا بالوضع لا بالطبع » (٢) .

ويترتب على القرابة الوضعية قيام مانع زواج بين درجات معينة . الا أنه يلاحظ عدم استقرار الحكم فى هذا الشأن . فالأقباط فى القديم لم يعتبروا التبنى مانع من الزيجة لأنه كما ورد فى الدسقلية « لو ربى رجل يتيما وتعب عليه أو يتيمة وصرف عليها من ماله وكان له بنتا أوابن فزوجه باليتيمة أو زوجها من اليتيم فلم يخطىء فى عمله بل يكون قد أصاب » (٣) . ومع ذلك جاءت القرابة الوضعية بالتبنى مانع من الزواج فى المجموع الصفوى وفى الخلاصة القانونية وفى مجموعة ١٩٥٥ . وطبقا لأحكام تلك المجموعة . لا يجوز الزواج « (أ) بين المتبنى والمتبنى وفروع هذا الأخير . (ب) بين المتبنى وأولاد المتبنى الذين رزق بهم بعد التبنى . (ج) بين الأولاد الذين تبناهم شخصا واحدا .

---

(١) ثروت انيس الأسيوطى المرجع السابق ص ٩٧ .

(٢) الخلاصة القانونية المسألة السابعة والثلاثون .

(٣) المجموع الصفوى ص ٢٣١ هامس ٢ .

(د) بين المتبنى وزوج المتبنى وكذلك بين المتبنى وزوج المتبنى » •
(م ٢٢ مج) ويقع باطلا كل زواج يخالف الأحكام السابقة (م٤٠ مج)•
ومن جانبنا نرى فى قيام التبنى مانع من موانع الزواج مخالفا للنظام العام •

أما القرابة الوضعية بسبب الرضاع فلم يرد اعتبارها مانع من موانع الزواج فى مجموعة ١٩٥٥ ، ومع ذلك وردت هكذا فى المجموع الصفوى والخلاصة القانونية « فلا يجوز أن يتزوج أحد بمن أرضعته أمه ارضاعا تاما كوالدة لولدها ولا بأولاده ولا بآبائه » (١) • ونرى أن يجب على القاضى الحكم به • خاصة وان لهذا التحزيم بسبب الرضاع مقابل فى الشريعة الاسلامية • وليس الاستئناس بموقف الشريعة الاسلامية من الحل أو التحريم أمر غريب على الفقه المسيحى الشرقى حيث « مما يذكر أن ابن العسال رجع الى كتب الفقه الاسلامى وبوجه خاص كتب ابى اسحق الشيرازى فى المذهب الشافعى • وفعل الأمر نفسه أبو الفرج الملقب بابن العبرى فى كتابه الهدى حيث استكمل كتابه بالرجوع الى الشريعة الاسلامية ولا سيما الى كتب الغالى المعروفة فى المذهب الشافعى » (٢) •

رابعا — القرابة الروحية

ذكر المجموع الصفوى من أقسام الزواج الممنوع منه زيجة الأقارب فى الشرع وهم ششابين المعمودية فالمقبول والقابل لا يتزوج أحدهما بالآخر ولا بوالديه ولا بأولاده ولابأولاد أولاده ولا زوجة ولا أولاد أحدهما بأولاد الآخر ولا تزوج المرأة بنتها للرجل الذى يقبله زوجها من المعمودية وكذلك الرجل لا يزوج ابنه لمن قبلتها زوجته ، هؤلاء كلهم قد صارت بينهم قرابة روحانية ومن فعل ذلك فلينزل بمنزلة الوثنى

---

(١) الخلاصة القانونية المسألة السابعة عشرة رقم ٤٣ .

(٢) شفيق شحاته المرجع السابق الجزء الأول فى مصادر الفقه المسيحى ١٩٥٧ فقرة ٤٤ — ٤٦ .

والعشار حتى يفترقا ويندما على خطبتهما وأما المذكورين فالزيجة بينهم مباحة (١) • وورد مثل ذلك النص فى الخلاصة القانونية •

ولم يرد ذكر القرابة الروحية من بين موانع الزواج فى مجموعة ١٩٥٥ • ويعلق صاحب شرح المجموع الصفوى على القرابة الروحية بأن المنع بسبب هذه القرابة لا يسوغه الشرع فلم يوجد بين آى الكتاب ما يمنع الزواج لأن البنوة الوضعية الصائرة من قبول الطفل من المعمودية لم تكن معروفة فى الكنيسة القبطية ولم يسن لها قانون قبل المجمع السادس الذى لا تسلم به ولا يسوغه العقل لأنه لو كان لى ابن واقتبلته من المعمودية حرمت على زوجتى مادام ان القابل يحرم عليه التزوج بأم المقبول (٢) وعلى ذلك فان الحكم الذى ورد فى مجموعة ١٩٥٥ يبدو انه هو الذى يتفق مع الشريعة الصحيحة ويجب العمل به وعدم الاهتمام بالقرابة الروحية •

المطلب الثانى
الموانع الشخصية

وهو أن يكون بأحد ذوى الشأن من الراغبين فى الخطبة أو الزواج ما يمنع الاجتماع المقصود بالزيجة على وجه نهائى • وهى اما أن تكون أمراض جنس أو أمراض عقل أو امراض ذات خطورة خاصة • من النوع الأول العنة والخنوثة والخصاء والعنة والخنوثة أمراض طبيعية ، والعنين « هو الذى لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع المذكور » وقد يكون ذلك راجع الى المرض أو كبر السن أما الخنثى فهو الذى له فرج الذكر والمرأة معا فى موضع واحد وكمن له عظم زائد مانع والخنثى يجب أن يكون حقيقيا • أما الخصاء فهو عرضى ويتم بعملية جراحية عبارة عن سل الأعضاء الممكنة من التناسل من المذكور والاناث ولا يسمى فى الاناث خصيا كما جاء فى دائرة المعارف الا توسعا • وهذه الأمراض

(١) المجموع الصفوى ٢٤ — ٢ — ٣٢ •
(٢) المجموع الصفوى وص ٢٣٠ هامش ١ وكذلك ص ٢٦٧ فى التذييل معلقا على الخلاصة •

الجنسية المانعة ورد ذكرها فى المجموع الصفوى وفى الخلاصة وفى مجموعة ١٩٥٥ ولذلك فهى معتمدة عند الأقباط وليس فى المانع بسببها ما يخالف النظام العام .

أما أمراض العقل فلم يذكر سوى الجنون فى المصادر الشرعية المشار اليها ، مع ملاحظة انه جاء فى مجموعة ١٩٥٥ غير مقيد بأى وصف، بينما جاء مقيد فى المجموع الصفوى بأن يكون زمان الافاقة منه أقل وفى الخلاصة القانونية بأن يكون جنون مطبق . ونعتقد أن الجنون يجب أن يكون كذلك حتى يكون مانع اما اذا كانت فترات الافاقة طويلة فهو لا يمنع الحياة الزوجية ولا يجعلها عسرة ويكون فيه تطبيق شديد على ذلك المريض . وفى تطبيق المنع يكفى أن يكون احدهما مصابا .

أما الأمراض ذات الخطورة ، فلم يرد ذكرها فى مجموعة ١٩٥٥ ، ولكن جاء ذكرها فى المجموع الصفوى والخلاصة القانونية وهى الجزام والبرص . وبخصوص العلة فى اعتبار الجزام مانع من الزيجة يقول صاحب شرح المجموع الصفوى « ولما كان هذا الداء العياء وان لم يكن معديا فهو قليل الشفاء وعسره كان منع التزويج واجبا لأنه قد يكون فى الأولاد الذين يرزق بهم المصاب لان هذه العلة تكون وراثية أكثر مما تكون بأسباب فساد الدم وقل أن يكون من عدوى » والجذام ضرر من البرص والبرص هو العلة الرئيسية للجذام (١) . والبرص يحتمل الشفاء ولذلك تمشيا مع العلة من المنع « فانه اذا كان الشفاء مضمونا ولا يخشى على الزوج الآخر من العدوى أو الاصابة وعلى النسل من أن يرث المرض فلا يمنع » . ولذلك فان البرص فى المجموع الصفوى مانع اختبارى .

وهذه الموانع الشخصية تكون نهائية اذا كان لا يرجى زوالها وتكون مؤقتة اذا كان يرجى زوالها فليس بعيدا مثلا أن يشفى المجنون فاذا شفى ارتفع المانع .

---

(١) المجموع الصفوى — شرح — ص ٢٢٣ هامش ٣ ، ٤ .

المبحث الثانى
موانع مؤقتة

نذكر عدة موانع مؤقتة بمعنى انها تمنع مؤقتا الخطبة أو الزواج فاذا زالت أصبح مباحا وهى الارتباط بزوجية قائمة ـ عدم انقضاء العدة ـ الولاية .

أولا ـ الارتباط بزوجية قائمة

من الأحكام الهامة والأساسية فى الشريعة القبطية هى عدم جواز الجمع بين أكثر من زوجة ومن هنا يجب أن نفرق بين تعدد الزوجات وتعدد الزيجات فالأول هو الممنوع أما الثانى فيجوز طالما أن الزواج الأول قد فسخ بالوفاة أو الطلاق هذا فى الشريعة القبطية « وجاء بالمادة ٢٤ من مجموعة ١٩٥٥ » لا يجوز لأحد الزوجين أن يتخذ زواجا ثانيا مادام الزواج قائما » (١) .

وجاء فى المجموع الصفوى تحريم الجمع بين زوجتين فى موضعين فى القسم العاشر من الموانع وفى موضع آخر بيان أن من يفعل ذلك يمنع من أخذ القربان ومن الدخول الى الكنيسة ويخرج من الجماعة حتى يفارق الثانية ويلزم الأول حتى ولو جعل الثانية « سرية » حتى ولو عزل كل واحدة منهما فى بيت . وان كان كاهنا يخرج من الكهنوت (٢) .

ان هذا الحكم يعد من الأحكام القليلة النادرة المتركة بين جميع المسيحيين على اخلاف مذاهبهم أو طوائفهم ، وهذا الحكم مقرر أيضا فى كثير من القوانين المدنية لبلاد الارثوذكسية مثل اليونان وروسيا والبلاد الكاثوليكية كايطاليا وفرنسا واسبانيا ، والبلاد البروتستانتية كالولايات المتحدة الأمريكية والنمسا (٣) .

---

(١) ومثلها ورد بالمادة ٢٥ ومجموعة ١٩٣٨ .
(٢) المجموع الصفوى ٢٤ ـ ٥ ـ ٩٣ و ٩٤ .
(٣) راجع الأنبا شنودة فى مؤلفه شريعة الزوجة الواحدة فى المسيحية ابريل ١٩٦٧ .

ولا يمكن اعتبار ذلك الحكم مخالفا للنظام العام ولا يجوز استبعاده. ونرى فى تطبيق ذلك الحكم أنه يجوز للزوج أن يعقد على الزوجة الجديدة ولو لم تكن عدة الزوجة السابقة المطلقة قد انقضت . حيث أن الأمر يختلف بالنسبة للزوج المسيحى عن الزوج المسلم فالأول ليس له ارجاع زوجته بارادته المنفردة فى فترة العدة مما يجعل الزواج قائم حكما . ولا يعد تعدد زوجات .

ثانيا — عدم انقضاء العدة

تنص المادة ٢٢ من مجموعة ١٩٥٥ « ليس للمرأة التى مات زوجها أو فسخ زواجها أن تعقد زواجا ثانيا الا بعد انقضاء عشرة اشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الفسخ . وينقضى هذا الميعاد اذا وضعت المرأة بعد وفاة زوجها » . وقضاء العدة حكم ورد أيضا فى المجموع الصفوى مع اختلاف بسيط من حيث المدة ومن حيث نطاق المنع ، هذا كما يتضح من النص الآتى الوارد فى الزيجات الممنوعة « الزيجة بالتى لم تنقض مدة حزنها وهى سنة كاملة أو عشرة شهور لوفاة الزوج .. وهذا القسم يمنع من الزواج ولا يمنع من الخطبة ولا من الاملاك الذى بغير صلوة»؟، « والحزن على الرجل لا يمنع المرأة أن تملك » (١) . وهذه النصوص تعالج عدة الوفاة .وفى تطبيق الشريعة القبطية نغلب نص مجموعة ١٩٥٥ ويجب القول بأن العدة تمنع من الخطبة والزواج فهى فترة حداد على الزواج السابق أو الزوج السابق ولا يجب على الزوجة أن تبدى فرحتها فى هذه المدة وهذه أحدى مقاصد العدة الجانبية فضلا عن مقصدها الأصلى وهو عدم اختلاط الأنساب . كما أن نص المادة ٢ من مجموعة ١٩٥٥ التى احالت الى الفصل الثالث الخاص بموانع الزواج لم تستثن ونص المادة ٢٥ الخاص بذلك المانع لم يستثن الخطبة . ومن ناحية أخرى جزاء مخالفة هذا الحكم هو بطلان الخطبة والزواج طبقا لأحكام مجموعة ١٩٥٥ بينما الجزاء فى المجموع الصفوى هو منع « من تزوج قبل هذه المدة من ميراث زوجة وما أوصى له به » . ونحن نؤيد الحكم الوارد فى مجموعة ١٩٥٥ ؛ ونخالف المجموع الصفوى ولا يجوز الاقتصار على الحرمان من الميراث . كما أنه اذا كانت العدة عدة مطلقة وليست عدة وفاة . فاننا نرى أنه اذا توفى أحدهما أثناء العدة فان الآخر لا يرث فيه ، فالزواج

---

(١) المجموع الصفوى ٢٤ — ٢ — ٤٥ و ٥٢ .

قد انحل نهائيا والعدة لا تجعل الزواج قائم حكما كما هو الحال فى العدة فالزواج الاسلامى .

ثالثا ـ الولاية والوصاية

ورد فى المجموع الصفوى انه لا تجوز « زيجة الولى مع التى هى موكل فى تزويجها والوصى وابنه واخوه مع التى هو موكل على مالها الا أن تمت ست وعشرون سنة وقام الوصى بما يجب عليه من الحساب » (١) . والسن المشار اليه فى هذا النص هو سن الرشد فى أحكام ذلك المجموع وقد سبق أن لاحظنا أن سن الرشد الآن هو أحدى وعشرين سنة وهو حكم تشريعى موحد .

وهذا النص ليس له مقابل فى موانع الزواج الواردة فى مجموعة ١٩٥٥ ـ ومع ذلك نرى انه يجب الأخذ به لكى تضمن تمام الرضا وخلو الارادة من أى عيب . فاذا أتمت القاصرة السن وأصبحت غير خاضعة للولاية فيجوز اذا رضيت أن تتزوج من وليها السابق فلا مانع . وجاء فى الخلاصة انه مانع يمنع الزواج من قبل لكن لا يوجب فسخه . كما لو اكتمل سن الرشد فيما بعد وتم الرضا أو حصل على اذن الرئيس الشرعى بذلك الزواج .

المبحث الثالث
موانع جزائية

فى هذه الموانع نلاحظ أنها تأخذ معنى الجزاء الذى يوقع على مرتكب خطأ معين . ويجب أن نثبت ملحوظة هامة أنها موانع تمنع من الزواج الثانى وليس الزواج الأول . وقد يتوافر المانع بالنسبة لأحدهما فقط وهذا يكفى لجعل الزواج باطل . وقد تكون هذه الموانع نهائية وقد تكون مؤقتة .

أما عن علاقة هذه الموانع بالنظام العام ، يرى البعض انها متعارضة مع حرية الزواج بالنظام العام . ومن جانبنا لا نرى ذلك لأن جميع الحريات اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية لابد أن يكون لها بداية ونهاية فى النظام القانونى ، فليس هناك تعارض مع النظام العام اذا حدد

---

(١) ومثله ورد فى الخلاصة مع فارق محصل ان من الرشد هو اتمام الخمس والعشرون سنة أو انه يمكن التجاوز عن ذلك المانع اذا حصل على اذن الرئيس الروحى ـ المسألة السابعة عشرة القسم الثانى ـ سادسا .

القانون سن معينة لا يجوز الزواج قبلها أو الاشتراك فى الانتخابات أو التقدم للترشيح قبل سن معينة أو العكس اذا حدد سن معينة لانتهاء تلك الحريات • المهم الا تصادر الحرية مطلقا ، انما هى تقبل التنظيم • ومن ناحية أخرى فان مبادىء النظام القانونى يقبل أن تقيد بعض هذه الحريات بسبب خطأ سابق صادر من الشخص فهل يمكن للمسجون أن يحتج لان قانون السجون يمنعه من الاجتماع مع زوجة أو من حرية التنقل ، وهل يستطيع المحكوم عليه بعقوبة جناية أن يحتج بأن محروم من تولى الوظائف العامة أو أن يكون عضوا فى المجالس الحسبية أو مجالس المديريات أو أى لجنة عمومية • سواء بالتعيين أو بالانتخاب •

وحيث أن حرية الزواج الأول كفلت على وجه مشروع فليس هناك مصادرة لهذه الحرية اذا منع الزواج الثانى فى الشريعة الدينية مطلقا كما تذهب شرائع الكاثوليك أو منع منعا محددا •

وفى شريعة الأقباط الارثوذكس يعتبر الزواج الثانى بصفة عامة مكروه • فقال القديس باسيلوس « الزيجات الثانية هى علاج ضد الزنا فهكذا قيل » ان لم يضبطوا أنفسهم فليتزوجوا « أما القديس أوغسطينوس فعلق على تعليم بولس الرسول بقوله : التزوج ثانية علامة على عدم ضبط النفس » كما قال أيضا « الزيجات الثانية ليست مدانة ولكن فى مستوى أقل » • وفسر ذلك بقوله « عفة الزواج حسنة ولكن زهد الترمل أحسن » • أما القديس أمبروسيوس فقال « لست أرفض الزيجات الثانية ولكنى لا أنصح بها » واستطرد القديس يقول للمترمل « شرعا يمكن أن يتزوج ولكن من المناسب أكثر أن تمتنع • ويقول القديس ايرونيموس (جيروم) « آ آدم الأول كانت له زوجة واحدة والثانى (أى المسيح) كان غير متزوج فليرنا أنصار الزواج الثانى آدم ثالثا زوج مرتين !! » ويشرح القديس ايروينموس رأيه فيقول « وكما جعل (الرسول) الزواج أقل من البتولية ، كذلك جعل الزواج الثانى أقل من الزواج الأول •• انه يسمح بالزيجات الثانية ، ولكن للأشخاص

الذين يرغبونها ولا يستطيعون أن يضبطـوا أنفسهم » لئلا « ينحرف البعض وراء الشيطان » (١) .

ونشير الى المجموع الصفوى منع زيجة الرابعة فصاعدا . الا أن صاحب شرح المجموع يعلق القول بانه لا يوجد نص صريح يمنع الرابعة فيما فوق .

ونبحث فيما يلى لحالات هذه الموانع كما ورد فى المصادر الشرعية .

اولا - الحكم بفسخ الزواج مع الحرمان من الزواج

تنص المادة ٦٤ من مجموعة ١٩٥٥ انه يجوز للقاضى الذى أوقـع الطلاق أن يقرر فى حكمه حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج . وهذا النص لم يحدد الأسباب التى يجـوز للقاضى أن يبنى عليها قضـاؤه بالحرمان . ويمكن القول بأن النص أعطى للقاضى سلطة تقديرية فى ذلك ، الحالات المسكوت عنها (٢) . ولكن من المعلوم أن القانون عندما يعطى للقاضى سلطة تقديرية ، ليس معنى ذلك أنها سلطة تقديرية مطلقة بدون غاية والا فات الحكم الأصلى وهو جواز الزواج الثانى . ولذلك فاننا نرى أن القاضى لن يلجأ الى استعمال تلك السلطة الا اذا قصـد زجر احدهما الذى تسبب فى وقوع الطلاق أو قصد منع أحدهما من زواج ثانى يقع باطلا ان تم أو غير منتج لثماره . وهذه الضوابط تجعل حـكم الحرمان غير مخالف للنظـام العـام فهو ليس مطلق كما يرى البعض (٣) كما أنه يجوز أن يكون مؤقتا . وتدخـل القاضى طبقا لنص مجموعة ١٩٥٥ قد يكون أفضل مما لو ورد النص كما جاء فى المجموع الصفوى أنه لا تجوز الزيجة بالمطلقة لما يوجب طلاقها (٤) . ثم أن تدخل القاضى لن يكون ألا فى الحالات التى يستطيع أن يجزم فيها برأى معين

---

(١) من كتاب شريعة الزوجة الواحدة - الأنبا شنودة - مشار اليه سابقا - ص ٨٧ ، ٨٨ .

(٢) حيث أنه هناك حالات من الحرمان محددة بأسباب خاصة وردت بها نصوص .

(٣) جميل الشرقاوى المرجع السابق ١٩٧٣ ص ٤٠٥ .

(٤) المجموع - ٢٤ - ٢ - ٤٠ .

كما لو كان السبب الموجب للفسخ مما لا يمكن زواله قطعـا أو امكن تحديد الظالم المتسبب فى وقوع الفسخ فلا يؤذن له بالزيجة الثانية لما فى ذلك مخالفة صريحة للشريعة المسيحية (١) .

ثانيا الزنـا

الزنا كمانع من موانع الزواج نجده فى المصادر الشرعية أما مانـع من الزواج الأول أو مانع من الزواج الثانى .

فلقد ورد فى المجموع الصفوي فى أقسام الزيجات الممنوعة « الزيجة بالتى ثبت عليها الزنى .. » لانرى فى النص ما يجعله يحمل فقط على الزانية المطلقة . بل يواجه فى نظرنا أيضا الزانية فى غير زواج . وجاء ذلك مؤكدا فى الخلاصة القانونية حيث يعتبر الزنا المشتهر الثابت من الموانع ، ولقد اعتبر من الموانع المؤقته . وفى مجموعة ١٩٥٥ يعتبر الزنا مانع مؤقت ينتهى اذا صرح الرئيس الدينى بالزواج ، وجاء المانع قاصرا على من طلق لعلة الزنا ويعمل به ولو لم يقض القاضى فى حكمه بحرمانه من الزواج . وفى تطبيق الشريعة القبطية نميل الى ما قرره الفقه القـديم من عموم الحكم على الزنا فى زواج أو غير زواج . واعتباره مانـع مؤقت يزول بثبوت التوبة بشهادة الجيران وأمام الرئيس الدينى .

واستثنى المجموع الصفوى من الـحكم المتقدم الزنا فى الغصب أو بحيلة (٢) . وفى تطبيق هذا الاستثناء يفرق بين حالتين : الحـالة الأولى أن يكون الزنى بعذراء والزانى غير متزوج والعذراء غير مخطوبة أو مملوكة . وفى هذه الحالة يلزم مغتصبها بالزواج منهـا بفرض أن رضاها ورضا أهلها به متحققة . والحـالة الثانية أن تكـون العذراء مخطوبة أو مملوكة والزانى غير متزوج فلا يلزم الزانى بالتزوج منهـا الا بعد أخذ رأى خطيبها المتقدم فى قبولها فان قبلها فهو وليس الغاصب الذى يتزوج منها . أما ان كان الزانى متزوج فنظرا لانه لا يجوز الجمع

(١) الخلاصة القانونية ص ٨٤ هامش ١ .

(٢) المجموع الصفوى ـ ٢٤ ـ ٣ ـ ٥٥ .

بين زوجتين فانه لا يمكن الزامه فورا بالزواج ممن غصبها . ومن جانبنا نرى أنه اذا طلبت زوجة الزانى الطلاق لعلة الزنى يكون بعد ذلك الزامه بالزواج ممن غصبها . وان لم يستطع الغاصب الزواج بمن غصبها فورا لانها متزوجة فيكون زواجه منها بعد أن تطلق من زوجها السابق أن طلب ذلك . ولو ان هذا الاستثناء لم ترد اليه اشارة فى مجموعة ١٩٥٥ ، فاننا نرى الأخذ به .

ثالثا – القتل

تنص المادة ٢٧ من مجموعة ١٩٥٥ « لا يجوز زواج القاتل بزوجة القتيل » فالقتيل يمنع الزوجة التى انحل زواجها بوفاة زوجها بسبب القتل أن تتزوج بمن قتل زوجها السابق . ولم يرد فى النص أى قيد أو شرط للقتل ولذا لا يشترط أن يكون القاتل وزوجة القتيل على اتفاق سابق أو معرفة سابقة أو حتى علم الزوجة . ولكن روح النص والعلة منه تقتضى قصره على القتل العمد وتقتضى حتى التسوية بين القتل التام والشروع فيه ، ان حدث فيما بعد أن طلقت الزوجة لأى سبب والتسوية بين القتل المعتبر جناية أو المعتبر جنحة لظروف معينة وبالقياس أيضا نرى أنه لا يجوز زواج القاتلة بزوج القتيلة .

الا أن النص فيه نقصا كبيرا اذا لا يستطيع بصيغته هذه أن يمتد الى منع الزوج قاتل زوجته أو الزوجة القاتلة لزوجها من الزواج الثانى، وفى هذه الحالة حيث أن فسخ الزواج الأول يكون بالوفاة فان القاضى لا يستطيع أن يقضى بحرمان القاتل من الزواج ولا تطبق المادة ٦٤ (١) .

والنص لا يواجه القتل بصفة عامة ولو أنه جريمة وخلق سيء وبشكل خطورة اجتماعية معينة كامنة فى القاتل فالقاتل ولو حكم عليه بعقوبة جناية غير ممنوع من الزواج اذا لم تتوافر فيه الشروط السابقة . والقتل فى الحدود السابقة مانع نهائى .

---

(١) راجع سابقا ص ١٠٤ .

المبحث الرابع

موانع مخالفة للنظام العام

اولا — الاختلاف فى الدين او الملة

تنص المادة ٢٣ من مجموعة ١٩٥٥ « لا يجوز الزواج لدى الكنيسة القبطية الارثوذكسية الا بين مسيحيين أورثوذكسيين » وجاء فى الخلاصة ذكر المخالفة فى الدين المسيحى من بين الموانع المؤقتة (١) ، وجاء فى المجموع الصفوى من الزيجات الممنوعة « زيجة المؤمن بغير المؤمن » .

الا أن تطبيق قانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ على زواج قبطى أورثوذكسى من آخر يتبع دين أو ملة أو طائفة أخرى مقتضاه ألا يكون هذا الزواج خاضع لشريعة الأقباط الأرثوذكس وانما خاضع للشريعة الاسلامية وبالتالى فان النصوص المشار اليها لا تطبق لمخالفتها لتشريع آمر ولايمكن أن يمنع القبطى الارثوذكس من الأقدام على مثل هذا الزواج بمن رغب ولا يمكن القضاء ببطلان الزواج الا طبقا للشريعة الاسلامية شكلا وموضوعا .

ثانيا — الرهبنة

جاء فى الخلاصة القانونية من بين الموانع المؤقتة الارتباط بالرهبنة وجاء فى المجموع الصفوى من أقسام الزيجات الممنوعة الزيجة براهبة . والرهبنة مانع مؤقت لأنه ربما لا يطيق الراهب أو الراهبة العزوبية فيكون الحجر عليها ومنعها من الزواج دافعا الى ارتكاب الزنا ومخالفا لروح الكتاب فقد أوضح الرسول أنه من لا يطيق العزوبية فليتزوج(٢). « كما أن الرهبنة فى حد ذاتها ضد الناموس المسيحى لأن الغاية من الزيجة نمو الجنس البشرى وحفظه لقوله تعالت اسماؤه : ليس جيدا أن يكون آدم وحده فاضع له معينا نظيره » (٣) .

---

(١) الخلاصة رقم ٤٦ .
(٢) المجموع الصفوى ص ٢٣٤ هامش ٤ .
(٣) المرجع السابق ص ٢٦٩ (تذييل الباب الرابع والعشرون) .

« فمادام أن الراهب لم يمكنه أن يبقى كما نذر فالأولى أن يتزوج خشية أن يجرعلى نفسه أذى ويجنى جناية عظمى باختطافه امرأة أو بسقوطه فى الزنا » (١) . الا أن الزيجة بتاركى الرهبة عقد زيجة مكروهه .

الخلاصة أن الرهبنة ليست بمانع حقيقى حيث الآمر متروك لارادة الراهب ، ولذا لم يرد ذكر هذا المانع فى مجموعة ١٩٥٥ .

ثالثا - زيجة الاحرار بعبيدهم المؤمنين

تنص الخلاصة القانونية على اعتبار زيجة الأحرار بعبيدهم المؤمنين من الزيجات المكروهة (٢) . وينص المجموع الصفوى انه « ليس من الجميل » أن يتزوج امرأة المولى بعتيقه . ونرى أن هذا المانع مخالف للنظام العام فالعبودية لم تعد موجودة ولا يستمد منها مانع زواج ومن التطابق أن تنص مصادر الشريعة المسيحية السابق ذكرها أن هذا المانع لا يجعل الزواج باطلا وانما فقط مكروها ، والمكروه مباح شرعا .

رابعا - زيجة من مضى من عمرها ستون سنة

ينص المجموع الصفوى على اعتبار « زيجة من مضى من عمرها ستون سنة » من الزيجات الممنوعة . ونرى أن هذا مخالف للنظام العام لأنه اذا قال قائل انها بعد الستون لا تنجب ، فقد فاته أن هناك مقاصد أخرى للزواج وهى الألفة والسكينة ورب امرأة عجوز تجلب السعادة أكثر من فتاة العشرين ثم أن حرية الزواج لا تقيد الا لأقوى الأسباب . بل مما يذكره صاحب شرح المجموع الصفوى يفيد أنه مخالف للشريعة . كتب يقول « هذا أيضا لم يتبع لأن بعض النساء تتزوج فى هذا السن وبعده لأن الكتاب لا يجيز الحجر على المرأة وكما أباح للرجل فهى مثله اذ لا يصح أن يكيل بمكيالين ومن قوله : فاختر الأرملة التى لا تنقص سنوها عن الستين التى قد تزوجت رجلا واحدا

---

(١) المرجع السابق ص ٢٧٢ .
(٢) الخلاصة القانونية المسألة الثامنة عشرة .

(اتى ٥ : ٩) دليل على أنه لم يحجر على كل النساء ان يترملن » (١) .

خامسا - رجل الدين ذو الرتبة

الرتبة ليست مانعة من الزواج والصحيح أن الزواج هو المانع من الرتبة أو مؤدى الى السقوط منها . فهناك بعض الرتب مثل الكهنوت تستلزم الرهبةفان اقترن الكاهن فالزيجة موجبة لسقوطه من رتبة الكهنوت اراد أن أو لم يرد اما تجويز تلك الزيجة وعدمه فمفوض لرئيسه (٢) . ومن الرتب التى يجوز فيها الزواج رتبة القسيس والقمص (٣) .

أما عن الزواج الثانى بعد الوفاة فهو مؤدى الى السقوط من درجة الاكليروس وقيل « فالقسيس الذى ماتت زوجته واراد الزواج بأخرى فان سقوطه من درجة الاكليروس أولى من وقوعه فى خطية عظمى متى لم يمكنه أن يضبط نفسه » (٤) .

أما اذا مات القسيس فهل لزوجته أن تتزوج جاء فى الخلاصة القانونية وفى المجموع الصفوى أن زواجها يجلب لها العار ومكروه فى الشريعة لانها أعطت نقصا لدرجتها الأولى اذ صارت تحت المرءوس بعد الرئيس . وهذا الحكم لا يمكن تطبيقه لأنه مخالف للنظام العام بل ومخالف للشريعة « ان زوجة القسيس لم تكن الا مثل بقية النساء فالحجر عليها فى الزواج اذا مات زوجها أمر مخالف لمقاصد الشريعة .. ولا يصح متى تزوجت أن يفرق بينها وبين من تزوجته » (٥) .

---

(١) المجموع الصفوى ص ٢٣٥ هامش ١ .

(٢) المجموع الصفوى - تذييل الباب الرابع والعشرون ص ٢٧٠ .

(٣) جميل الشرقاوى . المرجع السابق ١٩٧٣ فقرة ٤٩ .

(٤) المجموع الصفوى ص ٢٧٢ .

(٥) لصاحب شرح المجموع الصفوى ص ٢٤٧ هامش ٣ .

المبحث الخامس

موانع الرضاء والأهلية

لا يفوتنا أن نعيد الى الذهن ما سبق تفصيله فى الفصل الأول الخاص بالرضا والأهلية ، من أن عدم الرضا يشكل بمانع أما الرضا المقترن بغش فهو ليس بمانع وان كان لا يخلو من جزاء .. وكذلك عدم صدور اذن الولى للقاصر يعتبر مانع وكذلك عدم بلوغ السن القانونية لجواز الخطبة أو الزواج يعد مانع .

المبحث السادس

حكم العقد مع وجود مانع

اذا كان المانع من موانع القرابة أو مانع الارتباط بزوجية قائمة فان جميع مصادر الشريعة قد انفقت على اعتبار العقد باطلا بطلانا مطلقا ومعنى ذلك أنه بطلان لا يصححه رضا الزوجين أو اذن الولى ولا تسقط دعوى البطلان بالتقادم . ويحق لكلا ذى شأن التمسك به .

أما اذا كان المانع من الموانع الشخصية الراجعة الى الأمراض فان مجموعة ١٩٥٥ تعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا . وقد ذكر هذه الموانع فى الخلاصة القانونية من بين الموانع الثابتة « التى اذا اتفق حصول الزواج مع وجود بعضها فانعقاد يكون لاغيا مفسوخا لا يعول عليه »(١) أما المجموع الصفوى فقد استثنى البرص وجعل الأمر فيه راجع الى الاختيار ، فاذا عقد العقد مع الرضا به فلا بطلان .

---

(١) ومع ذلك اذا طالعنا تذييل المجموع الصفوى نجد أن صاحبه قد تعرض لنصوص الخلاصة بشأن الموانع (ص ٢٦٥ وما بعدها) ويذكر فى تعليقه وشرحه للخلاصة ـ أن الموانع الشخصية موكول الرضى فيها للفريقين مع الملاحظة بأنه اذا كان الزواج حصل بالرضا عن الحال الواقع فيها الآخر فلا فراق بخلاف ما لو كان حصل بغش ـ وهذا رأى منطقى ومعقول فى بعض الموانع الشخصية التى لا يخشى فيها على النسل ، لان الزواج ليس مقاصده فقط اخماد الشهوة والتكاثر وانما أيضا التعاون على الحياة . لكن لا يكفى أساسا شرعيا .

أما عن مانع العدة وهو لا يقوم الا بالغة للزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها ، فان مخالفته توجب البطلان المطلق طبقا لمجموعة ١٩٥٥ ، الا أنه جاء فى الخلاصة القانونية أن العدة شرعت للتأكد من عدم وجود حمل ، فاذا تم التيقن بشكل قاطع من عـدم وجوده فلا مانع يمنع من الزواج ولا يفسخ الزواج أن وقع لأنه لم يعد له مسوغ . ونحن لا نؤيد الخلاصة . ونرى أن نعتمد فى التطبيق القضائى للشريعة على حكم مجموعة ١٩٥٥ فهو متفق على اعتبار العدة من النظام العام .

وعن مانع عدم بلوغ سن الزواج (أو الخطبة) . فان طبقا لمجموعة ١٩٥٥ يقع العقد باطلا بطلانا مطلقا . ومع ذلك فقد اعتبرته الخـلاصة من الموانع التى تمنع الزواج من قبل ولكن لا توجب فسـخه فاذا تم الزواج وتم الاتفاق عند البلوغ فلا محل للفصل بين الزوجين (١) . ونرى أن نعتمد فى التطبيق على حكم مجموعة ١٩٥٥ فهو متفق مع تحـديد سن الزواج أو الخطبة .

وعن مانع عدم الرضا كما لو تم الزواج قهرا . فهو طبقا لمجموعة ١٩٥٥ يقع الزواج باطلا الا أنه لا يجوز التمسك بالبطلان الا من الزوجين ويفرض انه لا يوجد بينهما قاصر . فهو ليس بطلان مطلق فيجوز أن يتوافر رضائهما فيما بعد وهذا الرضا يستفاد بشكل قوى اذا أختلطا ببعضهما كأزواج فالاختلاط دليل على الرضى والاتفـاق (٢) . ونفس الحكم يسرى فى — رأينا على الخطبة — فاذا صدر فيما بعد العقـد ما يقطع بتوافر الرضى صح العقد وفات الطعن بالبطلان . ويجب أن ترفع دعوى البطلان فى خلال شهر من وقت أن أصبح الزوج الذى تخلف رضاؤه متمتعا بكامل حريته وبشرط ألا يكون حصل اختلاط زوجى من الوقت . (م ٣٧ مج) .

وعن مانع عدم صدور اذن الولى بشأن زواج القاصر ، فان الزواج يقع باطلا طبقا لمجموعة ١٩٥٥ . ولكنه بطلان نسبى وليس مطلق فلا يجوز

---

(١) الخلاصة رقم ٤٦ . وتعليق وتذييل المجموع الصفوى ص ٢٦٩ .

(٢) اما اذا كان الاختلاط عصبا فان ذلك لا يرفع البطلان بل يجر وراءه المسئولية الجنائية والمدنية .

التمسك به ألا من الولى أو من القاصر ، ويسقط حق التمسك بالبطلان اذا أقر الولى الزواج فيما بعد صراحة أو ضمنا • ويسقط حق الولى فى الطعن فى الزواج اذا لم ترفع الدعوى خلال شهر من علمه بالزواج ، ويسقط حق القاصر فى الطعن فى الزواج اذا لم يرفع الدعوى خلال شهر من بلوغه سن الرشد •

أما اذا وقع أحد الزوجين فى غش بشأن شخص الزواج الآخر أو بشأن بكارة الزوجة فادعت انها بكر وثبت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها أو غش بشأن خلوها من الحمل وثبت أنها حامل ؛ فان العقد يقع باطلا الا أنه لا يتمسك بهذا البطلان الا الزوج الذى وقع عليه الغش ويجب أن ترفع الدعوى فى ظرف شهر من علمه بالغش وبشرط ألا يكون حصل اختلاط زوجى من ذلك الوقت (م ٣٧ مج) •

أما عن الموانع الجزائية للقتل أو للطلاق لعلة الزنى فان مجموعة ١٩٥٥ لم تدرجها فى تعداد الموانع التى تجعل الزواج باطلا • ولا نعرف سببا لذلك • بينما نجد فى الخلاصة أن الزنا يمنع الزواج من قبل وتبطله لو اتفق حصوله •

ونعود الى مانع الارتباط بزوجية قائمة فنرى انه لا يؤدى الى بطلان الزواج الثانى الا فى حالة خضوع هذا الزواج الثانى للشريعة القبطية فيكون باطلا ويستمر الزواج الأول ويحق للزوجة فى ذلك الزواج الأول ان يطلب ابطال الزواج الثانى ولو كان زواجها خاضع للشريعة الاسلامية مثال قبطى ارثوذكسى تزوج بأرمنية أرثوذكسية — ثم تزوج ثانية قبل فسخ الزواج الأول بقبطية أرثوذكسية — أما اذا كان الزواج الثانى خاضعا لشريعة تجيز تعدد الزوجات كما لو عكسنا المثال السابق فانه ينظر الى مصير الأول فان ظل خاضعا للشريعة القبطية الارثوذكسية يكون للزوجة فى الزواج الأول أن يطلب من القاضى الطلاق ، اما أن خرج أحدهما عن الوحدة الطائفية قبل ان ترفع دعوى الطلاق نصار خاضعا للشريعة الاسلامية فلا تسمع دعوى الطلاق • فحكم عدم جواز الجمع وهو من الأحكام الأساسية يجب أن يحترم أما ببطلان الزواج الثانى أو على الأقل بانحلال الزواج الأول ، ما لم تكن الشريعة التى يخضع لها الزواج الأول والزواج الثانى تبيح الجمع بين الزوجات •

الفصل الثالث

أحكام الخطبة الصحيحة

اذا انعقد عقد الخطبة ولم يكن هناك سببا موجبا لبطلانه فانه يرتب آثار قانونية وينحل عقد الخطبة بأسباب معينة ونرى أن نعرض فى مبحثين لآثار الخطبة ؛ وانحلال الخطبة .

المبحث الأول

آثار الخطبة

أثار الخطبة هى محتوى النظام القانونى للخطبة . ويمكن أن نحدد مبادىء وقواعد هذا النظام فى ثلاثة ١ ـ اعتبار الخطيبين غير ملزمين بالتزامات الزواج المحضة . ٢ ـ اعتبار الخطيبين ملزمين باتمام الزواج فى الموعد المحدد . ٣ ـ اعتبار العلاقة القانونية جوهر ذلك النظام غير لازمة .

أولا ـ عدم التزام الخطيبين بالتزامات الازواج ولا يكون لهما حقوق الأزواج

فى الخطبة لا يستطيع أى من الخطيبين مطالبة الآخر بالتزامات الزوج أو الزوجة المحضة كالتزام الانتقال الى منزل الزوجية والمعاشرة الجسدية والنفقة أو الطاعة الشرعية التى هى من حق الزوج . ولا يعتبر سوء سلوك احدهما أو زناه . زنى زوج أو زوجة . ولا يرث أحدهما الآخر .

وفى الخطبة يكون هناك فقط اطار شرعى لتبادل الود والعطف والحب والتأدب والوقار والحرص على ارضاء الطرف الآخر وتأكيد الاخلاص له .

ثانيا ـ التزام الخطيبين باتمام الزواج

كثير من الفقهاء ينكر وجود هـذا الالتزام حرصـا منهم على حرية الزواج ومن جانبنا لا نرى معنى لتلك الحجة فحرية الزواج كانت مكفولة مائة فى المائة قبل الخطبة وتقييدها بالخطبة تقييد بارادة الشخص ويجب أن يرتب القانون عليها آثار معينة هى التزامه باتمام الزواج (١) ، ما لم يوجد عنده مبرر قوى يعدله عن ذلك (٢) . ان الخطبة ليست واقعـة اجتماعية فقط بل أيضا واقعة قانونية . لأنها ان ظلت بعيدة عن القانون لدخلهـا العبث .

وليس هناك تناقض فى القول بوجود ذلك الالتزام وبين النظر اليه من حيث انه يمس الحرية الشخصية وانه لذلك لا يمكنه تنفيذه عينـا جبرا . فالالتزام بالغناء فى حفلة كالتزام موجـود يتولد من عقـد مع الفنان لا يجادل فيه أحد من الفقهاء ومع ذلك لا يقبل التنفيذ العينى الجبرى .

ومن ناحية أخرى ليس هناك تناقض فى ذلك القول وبين اعتبـار الخطبة غير لازمة أى يجـوز العدول عنها فى جميع الحـالات . لأن الوكالة مثلا غير لازمة للوكيل أو الموكل ومع ذلك لا أحد ينكر أن على الوكيل التزام باتمام العمل الموكل فيه . ونفس القاعدة مقررة فى العقود التى تقوم على الاعتبار الشخصى .

ثالثا ـ الخطبة غير لازمة

١ ـ اعتبار الخطبة غير لازمة أمر متعلق بالنظام العام ؛ حرصا على أن يأتى اختيار الزوجة أو الزوج بكامل الرضا وحرية الاختيار بالنظر الى أن تنفيذ التزامات الزيجة لا يكون جبرا . ولقد ورد الحكم الشرعى غير مخالف لذلك النظام ، فالمادة ١١ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط تنص « يجوز لكل من الخطيبين العدول عن الخطبة » وجاء فى الخـلاصة القانونية بالنسبة للخطبة البسيطة التى تتم بدون صلاة كهنوتية رسمية

---

(١) راجع سابقا ص ٨٦ .

(٢) راجع لاحقا ص ١١٥ ، ١١٦ .

وهى الخطبة الجارية الآن أنه . اذا رغب أحد الفريقين عدم التزوج بالآخر فلا يجبر بل هو حر يتزوج بمن يريد » •

وعلى هذا فانه يجوز لأى من الخطيبين أن يعدل عن الخطبة وسواء كان عند مبرر مقبول أو بدون مبرر •

والعدول يجب أن يثبت فى محضر يحرره الكاهن . ويؤشر بمقتضاه على عقد الخطبة وعلى الكاهن اخطار الطرف الآخر بهـذا العدول • والكاهن لا يثبت فى هذا الصدد الا ارادة العادل . فلا يدخل فى سلطته البحث عن الدوافع ، ولذلك فان العدول عن الخطبة يختلف عن الطلاق فى الزواج فهذا الأخير يستلزم اللجوء الى القضاء ويكون تقدير السبب الموجب للطلاق من اختصاص القاضى ، أما العدول فيتم بعيدا عن القضاء ولا يكون اللجوء الى القضاء الا للمطالبة بالآثار المالية النـاتجة عن العدول •

٢ – المسئولية المدنية التى تقع على العادل :

اذا كان العدول بمبرر فلا يوجد أى مسئولية مدنية تقع على العادل واذا كان العادل هو الخطيب فان له طبقا لمجموعة ١٩٥٥ أن يسـترد ما قدمه من مهر أو هدايا غير مستهلكة وان كانت الخطيبة فانها على ما يبدو لا تلتزم برد ما قبضتـه من مهر أو هدايا (مفهوم المخـالفة للمادة ١٢) •

ولا يمكن تقديم بيان على سبيل الحصر للأسباب التى تبرر العدول فهذا أمر متروك تقديره للقاضى ، وانما نرى أن الأسباب التى تجيز طلب الطلاق تبرر العدول عن الخطبة من باب أولى ونذكر من هذه الأسـباب طبقا لمجموعة ١٩٥٥ الزنا والخروج عن الدين المسـيحى والغياب لمدة خمس سنوات متتالية بدون معرفة مقره أو علم بحياته أو مماته وثبوت تلك الغيبة بحكم • وكذلك الحكم على أحدهما بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر • وأيضا اذا اعتدى أحد الخطيبين على حياة الآخر أو اعتـاد ايذاءه ايذاء جسيما يعرض صحته

للخطر . أو اذا أصيب أحدهما بمرض خطير أو عجز جنسى شديد حتى ولو لم يصل الى الدرجة المانعة من الزواج . ومن المبررات أيضا انكشاف غش وقع فيه العادل ، أو انتهاء الاكراه الذى دفعه الى ابرام عقد الخطة . أو كشفه لمانع من موانع الزواج اخفى عنه وقت الخطة أو طرأ فيما بعد .

أما اذا لم يوجد مبرر للعدول ، فان العادل رغم ذلك يبدو انه استعمل خيارا قانونيا ومن هنا ذهب كثير من الفقهاء الى عدم امكان تحميله أية مسئولية مدنية اذا لم يمكن أن ينسب اليه الا مجرد العدول أما اذا تزيد وارتكب اخطاء طبقا للقواعد العامة وانحراف عن مسلك الرجل العادى فانه يتحمل المسئولية المدنية التقصيرية (١) . مثل أن يكون قد روج اخبار سيئة عن خطيبته بدون حق ، أو أن يكون غرر بها وعاشرها عشرة جنسية مؤكدا لها اتمام الزواج فى المستقبل . أو أن يكون العدول جاء فى وقت غير ملائم كأتى قبل الموعد المحدد لاتمام الزواج بوقت قصير .. أو أن يكون الخطيب دفع الخطيبة (عادة أهلها) الى شراء الجهاز أو تركها لوظيفتها .. لاشك أن هناك اضرار مادية يمكن أن تقدر .

ومن جانبنا نرى عكس ذلك فالخطبة ليس القصد منها التعارف بين مجهولين وكلنا نعرف أن الاقدام على الخطبة تسبقه معرفة فاذا قارن الشخص بين المحيطين به وقرر الارتباط بشخص معين فان هذا الارتباط لا يمكن أن يكون تحت مشيئة أى منهما بدون أدنى ضابط أورادع فاذا قلنا أن له أن يعدل ولو لم يكن عنده مبرر فأقل ما يصيبه هو أن يتحمل المسئولية نتيجة هذا العدول فحماية حرية الزواج فى هذه الحالة وان كان يمكن اعادة النظر فيها وقد يتغير النظام العام فى شأنها لاتبيح التفريط فى حقوق الآخرين وغض البصر عن الأضرار الأدبية والآلام

---

(١) جميل الشرقاوى المرجع السابق ١٩٧٣ ص ١٠٩ - ١١٠ ، عبد الودود يحيى المرجع السابق فقرة ٧٠ ، ثروت أنيس المرجع السابق فقرة ١٦٥ ، ١٦/ ونقض ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ ، مشار اليه لدى عبد الودود يحيى . عبد الرزاق أحمد السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى نظرية الالزام بوجه عام - مصادر الالزام - (القاهرة ١٩٥٢) . فقرة/٥٥٠ وفى الفقه الاسلامى محمد زكريا البرديسى الأحوال الشخصية ص ١٦ وينضم الى الراى الشيخ ابو زهرة .

النفسية والأضرار المادية التى تصيبهم . وقد يقول قائل أن دعوى التعويض قد تدفع العادل أن يكشف عن مبرر يسىء الى الطرف الآخر وكم كان يتمنى هذا الأخير لو لم ينكشف ذلك المبرر !! : نرد على هذا القول ، بأن تقرير دعوى التعويض شىء وأمر رفعها شىء آخر وقبل أن يقدم المتضرر على رفعها عليه أن يحسب حساباته ، لكن اذا كان لايخشى شيئا وجاء الى القضاء ودحض حجة الطرف الآخر وأبان تعسفه واساءته استعمال الخيار المفتوح له فهل نرفض مع ذلك طلب التعويض ؟ ان هذا مما يزيد « الطين بلة » .

ونرى أن هذه المسئولية المدنية مسئولية عقدية نتيجة اخلال بالتزام عقدى ناشىء من عقد الخطبة ولا يشترط أن يرتكب خطأ آخر ، فمجرد العدول بدون مبرر خطأ (١) . هذا وقد قاربت بعض أحكام القضاء المختلط والأهلى من هذا الرأى (٢) .

وقد اعتبرت بعض القوانين الأجنبية كالقانون الفرنسى والبولونى العدول بدون مبرر أى بسوء نية خطأ تقصيرى (٣) . ووصلت بذلك الى تقرير المسئولية المدنية كجزاء مدنى يوقع على العادل بدون مبرر . أما فى القانون الألمانى والنمساوى فالخطبة نوعا خاصا من « العقد » والمسئولية عن الفسخ مسئولية عقدية ويلزم الفاسخ بالتعويض اذا ترتب ضرر للخطيب المتروك بدون حاجة الى اثبات الخطأ .

والعدول بدون مبرر لا يرتب المسئولية المدنية فقط بل يرتب أيضا

---

(١) سبق الى هذا الرأى شفيق شحاته المرجع السابق فقرة ٨٧ — وحلمى بطرس مشار اليه لدى عبد الودود يحيى ص ١٥ هامش ١ .

(٢) السعيد مصطفى السعيد : مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتقيد به فى الشريعة الاسلامية والقانون المصرى الحديث رسالة القاهرة ١٩٣٦ .

(٣) تادرس ميخائيل تادرس — القانون المقارن والاحوال الشخصية للأجانب فى مصر ١٩٥٢ . ص ١١٦ .

فقد المهر والهدايا ان وجد ، فان المادة ١٢ من مجموعة ١٩٥٥ نصت على « اذا عدل الخاطب عن الخطبة بغير مقتضى فلا حق له فى استرداد ما يكون قد قدمه من مهر أو هدايا » . وجاء فى فقرتها الثانية .

« واذا عدلت المخطوبة عن الخطبة بغير مقتضى فللخاطب أن يسترد ما قدمه لها من المهر أو الهدايا غير المستهلكة » .

وجاءت الفقرة الثالثة تنص « هذا فضلا عما لكل من الخاطبين من الحق فى مطالبة الآخر أمام المجلس الملى (القضاء حاليا) بتعويض عن الضرر الذى لحقه من جراء عدوله عن الخطبة » (١) . وهذه الفقرة تجيز للمخطوبة اذا كان عدول الخاطب بدون مبرر الاحتفاظ بالمهر والهدايا بالاضافة الى التعويض .

وذهب بعض الفقهاء الى أن هذا الجمع لا يبيح اثراء أحدهما على حساب الآخر . وعليه فالقاضى لا يحكم بتعويض الا اذا زادت قيمة الضرر عن المبلغ المدفوع على سبيل المهر (٢) . ونحن لا نوافق على ذلك لأن فيه خلط بين الأساس القانونى لاستحقاق التعويض واستحقاق المهر .

وجزاءات المادة ١٢ غير مؤسسة على فكرة الخطأ (الخطأ هو العدول بدون مبرر) ، بدليل أن المرأة اذا عدلت بغير مقتضى فانها لاتفقد شيئا وانما ترد فقط ما أخذته من الخطيب واذا كان عدولها بمقتضى فانها تحتفظ بالمهر والهدايا ولو لم يصبها ضررا ولا يجوز مطالبتها برده بدعوى الاثراء بدون سبب . ولذلك لانرى كيف يشبه المهر بالعربون . واذا كانت غير قائمة على فكرة الخطأ فان ترك المهر والهدايا لا يكون تعويضا وبالتالى تسقط حجة من رأى استبعاد حكم تلك المادة على

---

(١) اما الخلاصة القانونية (رقم ٢٥) فقد نصت الى أن العادل لا يتحمل اى غرامة — ونحن نفلب نص مجموعة ١٩٢٥ فى تطبيق الشريعة.

(٢) شفيق شحاته المرجع السابق ص ٨١ .

أساس أن التعويض المدنى من الأحوال العينية وليس من الأحوال الشخصية (١) . ان أحكام المهر والهدايا يجب أن تترك للأحكام الشرعية.

ويرى بعض الفقهاء أنه لا يجوز الاتفاق على شرط جزائى فى عقد الخطبة لأنه يتنافى مع اعتبار الخطبة مجرد وعد بالزواج (٢) . ومن جانبنا نرى أنه الشرط الجزائى اذا اقتصر على المسئولية العقدية فلا مخالفة فيه للنظام العام وليس فيه أى تقييد لاستعمال خيار العدول ، فهو مجرد تقدير اتفاقى للتعويض ، ثم انه تقدير يخضع لرقابة القضاء وفقا لأحكام القانون المدنى ويجب أن تتوافر عناصر المسئولية . ثم أنه لا يتعارض مع حكم فى الشريعة الدينية ، وقد اغفلت ذكره مجموعة ١٩٥٥ ، وتركته والحال كذلك للقواعد العامة .

ومن ناحية أخرى نرى أنه لا يجوز الاتفاق على استبعاد المسئولية التقصيرية فى حالة العدول بسبرر ، فهذا مخالف للنظام العام ، ويستعيد كل حكم فى الشريعة الدينية يقضى بذلك أو يبيح ذلك الاتفاق .

ومن ناحية أخرى نرى أن الاتفاق على دفع عربون مخالف للنظام العام لأن العادل يفقد العربون أو يرد ضعفه ولو لم يصب الطرف الآخر ضرر وقد يكون هذا مانعا فعليا (وليس قانونيا) له من استعمال خيار العدول ، كما أن فكرة العربون بعيدة عن فكرة الخطأ بعكس الشرط الجزائى .

المبحث الثانى

انقضاء الخطبة

تنقضى الخطبة بنهاية طبيعية وهى اتمام الزواج أو بنهاية غير طبيعية وهى انحلالها وهى تنحل أما بالفسخ أو الوفاة . والفسخ أما أن يقع

(١) حجة للدكتور جميل الشرقاوى المرجع السابق ١٩٧٣ فقرة ٣٢ وهامش ١ من ص ١١٧ . وذهب أيضا الى ان الهدايا المقدمة من الخاطب الى مخطوبته هى هبة وتخضع للقانون المدني وخاصة فيما يتعلق بالرجوع فيها . ونحن نقبل هذا الراى فقط بالنسبة لهدايا المخطوبة للخاطب حيث لم يرد لها حكم شرعى .

(٢) شفيق شحاته المرجع السابق ص ٨٠ .

بارادة منفردة وهذا هو العدول واما أن يقع باتفاق الطرفين من باب أولى

أما الوفاة فهى أما وفاة طبيعية أو وفاة حكمية وهى اعتبار المفقود ميتا طبقا لأحكام القانون المدنى وصدور حكم باعتباره ميتا . وتنص المادة ١٣ من مجموعة ١٩٥٥ « اذا توفى الخاطب فلورثته استرداد المهر أو ما اشترى به من جهاز واذا توفيت المخطوبة وللخاطب أن يسترد المهر أو ما اشترى به من جهاز أما الهدايا فلا ترد فى الحالتين » .

واذا انقضت الخطبة بغير الوفاة ، فاننا نرى أنه ليس هناك مانع أن يعود الخطيبين مرة ثانية لبعضهما ويخطبا ويتزوجا . ولا يوجد بين أحدهما وأقارب الآخر قرابة مصاهرة تمنع الزواج من أحدهما .

---

(١) عكس ذلك شفيق شحاته المرجع السابق فقرة ٨٨٧ .

الباب الثانى

عقد الزواج

نقسم هذا الباب الى فصلين نتناول فى الفصل الأول انعقاد العقد واثباته ونتناول فى الفصل الثانى أحوال عقد الزواج •

الفصل الأول

انعقاد العقد واثباته

المبحث الأول

انعقاد العقد

ينطبق على عقد الزواج ما سبق ذكره أثناء تناول عقد الخطبة من مبادىء وقواعد عامة • ومع ذلك نرجع الى بعض النقاط الخاصة •

ويعرف عقد الزواج تعريفا شرعيا بأنه « اتفاق رجل وامرأة اتفاقا ظاهرا بشهادة وصلوة كهنة واختلاط عيشتهما اختلاطا محصلا لمعاونتها على تحصيل ضروراتهما وتوليد نسل يخلفهما » (١) •

وواضح من هذا التعريف انه يلزم لانعقاد العقد أمورا ثلاثة هى الاتفاق والشهادة والصلاة ، ونضيف اليهم أمرا رابعا وهو اثبات الزوج فى عقد يحرره الكاهن •

١ ـ الاتفاق : (أ) الولاية فى ابرام الاتفاق •

---

(١) المجموع الصفوى ـ الباب الرابع والعشرون ـ الفصل الخامس رقم ٧٧ . ومثل هذا التعريف ورد فى الخلاصة القانونية ـ المسألة الحادية عشرة .

الاتفاق يجب أن يتم بين رجل وامرأة لهما على نفسهما الولاية فان كانوا أو أحدهم مازال فى حجر غيره فان الاتفاق يبرم مع الولى على النفس بشرط أن يكون الرجل قد جاوز ثمانى عشرة سنة والمرأة جاوزت ستة عشرة سنة (١) .. ولابد من توافر رضا الولى ورضا الرجل أو المرأة ، فقد ورد فى المجموع الصفوى « لا يكون التزويج الا ان يتراضى المقترنان والذين فى حجرهم » .

الا أن الولاية على الغير فى أمر التزويج ليست مطلقة فقد جاء بالخلاصة القانونية « اذا امتنع الآباء أو الأولياء عن أن يزوجوا من هم تحت ولايتهم الراغبين الزواج بدون موجب شرعى يمنع رغبتهم فللرؤساء الروحيين أن يلزموهم بالتزويج والتجهيز بقدر ما يمكن » . وجاء بالمجموع الصفوى « ومن يمنع الذين تحت حجرة من أن يزوجهم ومن أن يتزوجوا ظلما ولا يعطيهم جهاز فللرؤساء أن يلزموه بالتزويج والتجهيز » (٢) وجاء بالمادة ٢/١٩ من مجموعة ١٩٥٥ انه اذا امتنع الولى عن تزويج القاصر يرفع طالب الزواج الأمر الى المجلس الملى للفصل فيه . ونرى الآن أن القاضى يحل محل المجلس فى أمر الزام الأولياء بالتزويج أو بتعيين نوابا غيرهم لهذا الغرض .

ولو كان الخلاف بين الأولياء والقصر على عكس الصورة السابقة أى أن يأبى القاصر الزواج ولا يرغب فيه فهل للولى أو الأب من سلطة لالزامه بالزواج ؟ .

جاء بالمجموع الصفوى أنه « لا يجوز للأب الزام ولده بالتزويج

---

(١) جاء بالمجموع الصفوى تحديد السن بأقل من ذلك فهى اربع عشرة سنة للرجل واثنى عشرة سنة للمرأة ونميل فى تطبيق الشريعة القبطية الى ما ورد فى مجموعة ١٩٥٥ فهى ملاءمة فى الوقت الحاضر نظرا لظروف الحياة وكثرة واجبات الزوج وأكثر احتياطا لتعقل المرأة .

(٢) فى نفس الرأى توفيق فرج المرجع السابق ص ٤٦٢ — ٤٦٤ .

(٣) الخلاصة القانونية — المسألة الخامسة عشرة رقم ٣١ — والمجموع الصفرى الباب الرابع والعشرون الفصل الرابع رقم ٦٨ .

اذا كان الولد عفيفا وتحت سلطانه ، فان كان مفرطا فى سيرته فليس له أن يمتنع منه » .

وهذه الجملة الأخيرة هى نداء للولد على سبيل التأديب وليس الالزام وجاء أيضا « وان أراد أحد الوالدين أن يزوج ابنته أو بنت ولده ويدفع من الجهاز بمقدار حالة فامتنعت من ذلك وأثرت السيرة فلتنف من ميراثه » (١) هنا أيضا ليس هناك الزام باتمام الزواج ضد ارادتها ، بل نرى أن الحكم الوارد بحرمانها من الميراث مخالف للنظام العام ولايطبق .

وفى حالة غياب الوالد أو الوالى بسبب الأسر أو لسبب آخر فالحكم المشترك فى المجموع الصفوى وفى الخلاصة أنه يجب الانتظار مدة ثلاث سنوات ، ويكون الزواج الذى يتم قبل مرور تلك المدة غير صحيح اذا كان واضحا أن ذلك الشخص لا يرضاه الأب (٢) . ونرى من جانب ان هذا الحكم مخالف للنظام العام ولا يطبق ، بل على القاضى اقامة النائب .

وان كانا يتيمين ولم يكن لهما ولى واستحقا الزواج ورغباه فبمعرفة الشريعة تقام لهما نواب من اقاربهما لتدبير زواجهما والا فمن الأجانب .

ولقد ورد فى مجموعة ١٩٥٥ بيان بتسلسل الأولياء على النفس — مع ملاحظة أن تلك المجموعة وحدت بين الولاية على النفس والولاية على المال الا أنه يجب اخراج الولاية على المال من نطاق تطبيق الشريعة حيث أنها موحدة بالنسبة لجميع الوطنيين بالتشريع المدنى .

أما الذكر أو الانثى اللذان لا يخضعان للولاية لبلوغهما انتهاء تلك الولاية . فأمر زواجه مفوض له ، ولقد ورد فى المجموع الصفوى « والتى لها سلطان نفسها وتكون سنها كاملة فلها أن تقارن بعلا على

---

(١) المجموع الصفوى الباب العشرون رقم ٦٥ ، ٦٦ .

(٢) المجموع الصفوى رقم ٧١ والخلاصة القانونية المسألة الخامسة عشرة رقم ٣٢

ما يوجبه الناموس ولو كان ابوها كارها وهذا حكم الولد ذكر كان أو أنثى » : وجاء فى الخلاصة أنه يلزمهما أخذ رأى الأب أو من كان وليا بعده تأدبا . ويرى البعض أنه لا تجوز الوكالة فى الزواج لأن الرضا يجب أن يصدر عند الاكليل أى الصلاة والاكليل يجب أن يكون بحضور الزوجين (١) .

ب ـ شروط صحة الاتفاق .

يجب لكى يكون الاتفاق أو عقد الزواج صحيحا الا يكون بين الذكر والانثى مانع شرعى زيجتهما (٢) .

ويجب أن لا يكون أحدهما أو وليهما واقعا فى غلط جوهرى أو ضحية غش .

وقد يقع الغش فى شخص الزوجة ، حيث تقدم للزوج امرأة تحمل نفس اسم المعقود عليها ولكن لم تكن هى التى ارتبط بها فى الخطبة الا فى اسمها وليس فى ذاتها ، فمتى انكشف هذا الغش كان من حقه طلب ابطال العقد (٣) .

قد يقع الغش من جهة الدين كرجل يتراى انه مسيحى أو امرأة تتظاهر بالمسيحية وبعد الاقتران يظهر الأمر بخلاف . ولقد سبق أن عرضنا لمانع اختلاف الدين ودون ادعاء وجود غش ورأينا أنه فى هذا العقد يرجع الى الشريعة الاسلامية حيث هى الواجبة التطبيق . وتقول أيضا حتى فى حالة وجود غش فان اعتبار الغش من جهة الدين سببا للابطال أو الفسخ يجب أن يكون طبقا للشريعة الاسلامية .

---

(١) جميل الشرقاوى المرجع السابق ١٩٧٣ ص ١٣٦ فقرة ٣٩ .
(٢) وقد سبق تفصيل تلك الموانع فى باب الخطبة .

وقد يقع الغش من جهة الزيجة كمن يكون متزوجا فى جهة ويدعى العزوبة فى جهة أخرى حتى يتزوج زوجة ثانية سواء كان رجلا أو امرأة ثم اتضح الأمر جليا .

وقد سبق أن عرضنا لمانع الارتباط بزوجية قائمة وقلنا أنه يوجب بطلان الزواج الثانى سواء كان بغش أو بغير غش . اما ان لم يكن الزواج الثانى خاضعا للشريعة القبطية وكذلك لم يكن الزواج الأول خاضعا للشريعة القبطية ، ورجع الأمر الى الشريعة الاسلامية ، فاننا نرى أن هذا الغش ولو نظر اليه على أنه جوهرى لا يجوز التمسك به لأن التمسك به مخالف للنظام العام كفكرة عامة وكفكرة خاصة فى الشريعة الاسلامية .

وقد سبق أن ذكرنا أن مانع الرهبنة أو الرتبة موانع مخالفة للنظام العام ونرى أيضا أن الغش بشأنها لا يجوز التمسك به لمخالفة ذلك للنظام العام .

واذا كنا نرى أن النظرية المدنية للعقد قابلة للتطبيق على عقد الزواج فيما لم يوجد فيه حكم شرعى وبالقدر الذى يتمشى مع طبيعة ذلك العقد فاننا نرى أن التمسك بالغلط فى القانون لا يجوز بشأن الزواج فهو يتنافى مع القول بأن الزواج نظام قانونى . فلا نرى أنه يجوز لشخص معين أن يتمسك بابطال عقد الزواج بحجة انه وقع فى غلط بشأن تحريم الشريعة الجمع بين زوجتين .

وفيما عدا الغلط فى القانون فاننا نرى أن النظرية المدنية للغلط الجوهرى يمكن أن تنطبق ولو لم يصاحب ذلك الغلط غش . ذهب الى عكس ذلك بعض الفقهاء (١) ومن جانبنا لانرى أساسا قانونيا لما ذهبوا اليه ما دام لم يرد حكم صريح فى الشريعة بحصر حالات الغلط فى حالات الغش المنصوص عليها . وما الفارق من ناحية عيوب الرضا أن

---

(١) توفيق فرج ، المرجع السابق ص ٤٧٤ .

يقع الزوج فى غلط من تلقاء نفسه فى بكارة الزوجة أو حملها أو أن يكون ذلك نتيجة غش . ان بطلان العقد ليس جزاء لخطأ تقصيرى حتى نستلزم الغش ، وانما هو جزاء لعيوب الرضاء ولذلك تكون التفرقة بين الحالتين رغم التيقن من عيب الرضا أمرا غير منطقى . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى اذا كان الغش فى نظر البعض ليس مرادفا للتدليس فى النظرية المدنية فهو قد لا يصاحبه طرق احتيالية (١) أننا نرى أن التدليس يكون من باب أولى من أسباب بطلان العقد .

٢ — أما عن الشهادة ، فانه لا يجوز أن يكال أحد سرا بل بمحضر من كثيرين (١) . ويجب فى شهود الزواج أن يكونوا أحرارا عاقلين بالغين مسيحيين فاهمين انه عقد زواج فلا يصلح الأصم فى شهادة الزيجة لانه لا يسمع الاقرار بالايجاب والقبول من الطرفين (٢) .

٣ — اما عن الصلاة فهى ضرورية لعقد الزواج . وجاء فى المجموع الصفوى « وعقد التزويج لايتم ولا يكون الا بحضرة كاهن وصلاته عليها وتقريبه لها القربان المقدس فى وقت الاكليل الذى به يتحدان ويصيران جسدا واحدا كما قال الله سبحانه . وعلى خلاف ذلك لا يعد لهما تزويجا فان الصلوة هى التى تحلل النساء للرجال والرجال للنساء » (٣) . وجاء بالمادة ١٤ من مجموعة ١٩٥٥ أن « الزواج سر مقدس يتم بصلاة الاكليل على يد كاهن طبقا لطقوس الكنيسة الأرثوذكسية » .

ويجب أن تتم الصلاة أمام الشهود وبحضور الزوجين وحضور ولى القاصر . وبعد اعلان الاتفاق على الزواج وتقديم محضر الخطبة واستصدار الكاهن تصريحا باتمام الزواج من الرئيس الدينى المختص ،

---

(١) المجموع الصفوى — الباب الرابع والعشرون — الفصل الخامس رقم ٧٩ .

(٢) الخلاصة القانونية — شرح . ص ٢٦٧ (شارح الخلاصة هو جرجس فيلوثاؤس عوض) .

(٣) المجموع الصفوى المكان السابق رقم ٨٠ .

تستكمل هذه الشكلية الدينية حلقاتها باثبات الزواج فى دفتر يوجد لدى رئيس كل كنيسة لقيد عقود الزواج أوراقه منمرة ومختومة بختم البطريركيا أو المطرانية وتقيد البيانات الآتية : اسم كل من الزوجين ولقبه وصناعته ومحل اقامته وتاريخ ميلاده من واقع شهادة الميلاد أو ما يقوم مقامها – واسم كل من والدى الزوجين ولقبه وصناعته ومحل اقامته وكذلك اسم ولى القاصر من الزوجين ولقبه وصناعته ومحل اقامته – واثبات حضور الزوجين وحضور ولى القاصر ان كان بينهما قاصر واسماء الشهود والقابهم واعمارهم وصناعتهم ومحال اقامتهم : وحصول الاعلان عن الخطبة وحصول المعارضة فهى الزواج اذا كانت حصلت معارضة وما تم فيها – واثبات رضا الزوجين وولى القاصر منها واثبات حصول صلاة الاكليل طبقا للطقوس الدينية . ثم يتلى العقد على جمهور الحاضرين بمعرفة الكاهن الذى حرره . ويوقع على الأصل والقسائم جميعا من الكاهن الذى باشر العقد ومن الكاهن الذى قام بالاكليل اذا كان غيره وتسلم احدى القسائم الثلاث الى الزوج والثانية الى الزوجة وترسل الثالثة الى الجهة الدينية الرئيسية «البطريركية أو المطرانية أو الأسقفية» تحتفظها بها بعد قيدها فى السجل المعد لذلك ويبقى الأصل الثابت بالدفتر عند الكاهن لحفظه (١) .

المبحث الثانى

اثبات الزواج

أدلة اثبات الزواج من المسائل الموضوعية وليس من مسائل الاجراءات وكذلك فهى تخضع للشريعة الدينية .وعلى ذلك فان قواعد اثبات زواج المسلمين لاتطبق على زواج غير المسلمين الخاضعين لشريعتهم (٢) .

ولقد نظمت شريعة الأقباط الأرثوذكسى نوعا من الضبط الدينى لعقود الزواج وهى اثبات تلك العقود فى دفاتر منتظمة بالكنيسة . ولكن من ناحية أخرى نظمت قوانين التوثيق نوعا من الضبط المدنى

---

(١) المواد ٣٢ ، ٣٣ من مجموعة ١٩٥٥ .

(٢) راجع سابقا ص ٣٩ – ٤٠ .

باثبات الزواج فى وثيقة رسمية على يد موثق • ولقد ذهبنا الى التوفيق بين النوعين باشتراط ان يطلع الموثق على احدى قسائم عقد الزواج المستخرجة من دفاتر الكنيسة(١) •

وفى تقرير القيمة القانونية للوثيقة الرسمية سبق لنا أن أيدنا الرأى الذى يرى فيها شرط للانعقاد ، وكل ورقة رسمية تعتبر شرط انعقاد يستخرج منها حتما أدلة الاثبات • بل نرى ان هذا حكم عام وليس فقط بالنسبة لزواج الأقباط والأرثوذكسى •

ولقد جاء بالمادة ٤١ من مجموعة ١٩٥٥ الخاصة بالأقباط الارثوذكسى ان الزواج لايثبت الا بتقديم صورة رسمية من عقد الزواج •• » • ويرى البعض أن المقصود بالصورة الرسمية الوثيقة التى تتم على يد الموثق التى فالزواج لا يثبت الا بها سواء فى حالة انكار الزواج أو حتى عند عدم انكاره ، ونحن نرى أن افضل من ذلك رفعها الى شرط الانعقاد وليس فقط أدلة الاثبات مادام قد صارت متطلبة فى جميع الأحوال • ثم أننا نعيب على هذا الرأى أيضا فى جانب آخر انه ربط تطبيق قانون التوثيق بسبق الاحالة اليه من الشريعة الدينية (٢) • ثم انه اخطأ فى تفسير المادة ٤١ فعندما يتكلم واضعى المجموعة عن الصورة الرسمية فانهم يقصدون وثيقة الكاهن وليس وثيقة الموثقة فكلمة رسمية يجب أن تأخذ كما قصدوا وليس كما نفهمها نحن رجال القانون الوضعيون ، ونذكر بالمادة ١٢ من نفس المجموعة وهى تقضى « يحصل التبنى بعقد رسمى يحرره كاهن •• » •

الفصل الثانى

احوال عقد الزواج

عقد الزواج ينقسم بحسب احواله الى قسمين : عقد صحيح ــ عقد باطل • وعلى هذا يمكن أن نقسم هذا الفصل الى مبحثين : المبحث الأول تتناول العقد الصحيح وفى المبحث الثانى تتناول العقد الباطل •

(١) راجع سابقا ص ٥٦ ــ ٥٧ .
(٢) جميل الشرقاوى ــ المرجع السابق ص ٢٢٥ .

المبحث الأول

العقد الصحيح

وينقسم فى نظرنا الى ثلاثة أنواع : العقد الصحيح التام والعقد الصحيح الفاسد ، والعقد الصحيح المكروه .

اولا - العقد الصحيح التام

العقد الصحيح التام هو العقد الذى روعيت فيه شروط الانعقاد والصحة سواء تعلقت بالموضوع أو بالشكل وخلا من الشروط الفاسدة ، ويترتب على هذا العقد بدء النظام القانونى للزواج أى بدء العلاقات الزوجية وبدء حقوق وواجبات الزوجة أو الزوج .

والعقد الصحيح التام لا يأتى معلقا على شرط أو مضافا الى أجل أو مؤقتا : فالارادة فيه باتة ، بل نرى أن وجود هذا الشرط أو الأجل يجعل الزواج باطلا ومنعدما حتى ولو كان الشرط غير مخالف للنظام العام كما لو عقد الزواج على شرط النجاح فى الامتحان والحصول على « ليسانس » .

والمهر ليس من شروط الزواج الصحيح . فقد نصت المادة ٦٩ من مجموعة ١٩٥٥ صراحة أن الزواج يجوز بمهر وبغير مهر وعلى ذلك فالزواج صحيح ولو لم يتفق على مهر ولا تستحق الزوجة مهر المثل اما اذا كان المهر قد اشترط فى عقد الخطبة فان المرأة تستحقه بمجرد الاكليل وللمرأة الرشيدة أن تقبض مهرها بنفسها فلا يجوز لغيرها قبض المهر الا بتوكيل منها ، وللولى أو الوصى أن يقبض مهر القاصر (م٧٠م ج) . ويبدو أنه فى حالة الاتفاق على مهر لا يلزم أن يقوم الوفاء به عند ابرام العقد ، وانما يصير حقا عالقا بذمة الزوج لزوجته وغير مرتبط بالدخول وانما بالعقد . فاذا ماتت قبل أن تستوفيه كان لوارثها مطالبة الزوج بما يكون باقيا فى ذمته بعد اسقاط نصيبه فى الارث فى ذلك المهر واذا مات الزوج كان للزوجة أو ورثتها مطالبة ورثته بالمهر . والمهر ملك للزوجة تتصرف فيه كيف تشاء ويعطى لها غير مخصص لاى غرض والا لم يكن مهرا .

ثانيا ـ العقد الصحيح الفاسد

هو العقد الصحيح الذى تضمن شروطا ليست من مقتضيات الزواج، فتبطل هذه الشروط ولا يبطل العقد . « كما اذا اشترط أن يكون لها مال وهى معدمه فليس للرجل مطالبتها بشىء لأن الزواج لا يتوقف على المال » (١) أو اشترط أن تقوم المرأة بتجهيز منزل الزوجية من المهر أو من غيره (٢) .

أما اذا كان الشرط تبرره الى حد كبير مقتضيات الزواج كما لو اشترط الزوج على الزوجة أن تترك العمل وتتفرغ الى البيت وقد قبلت هذا الشرط فاننا نرى أن هذا الشرط صحيح ومشروع محلا وغاية وتلتزم به الزوجة وتعد ناشزة ، ولا يدخل هذا النشوز فى تقدير القاضى بسبب وجود الشرط الصريح .

وقد تكون الشروط مخالفة لأحد مقاصد الزواج كما لو اشترطت الزوجة على الزوج عدم الانجاب واتخاذ ما يلزم ذلك من الوسائل . فهنا الشرط فاسد ويعتبر كان لم يوجد ، لكن هنا لا يمنع أن يعمل الزوجان فيما بعد برضائهما الكامل على تنظيم نسلهما بالطرق المشروعة دينا وقانونا (٣) . اما اذا بلغت المخالفة الى هدم كل معنى للزواج كما لو اشترط عدم الاجتماع مطلقا أى الافتراق فى الفراش . فنرى أن العقد نفسه وليس فقط الشرط يقع باطلا بطلانا مطلقا . أما أى شرط آخر ينظم هذا الاجتماع فهو فاسد لأنه مخالف لأحكام الزواج الرئيسية وهو الطاعة .

---

(١) لشارح الخلاصة القانونية ـ ص ٢٦٦ .

(٢) تنص المادة ٧٥ من مجموعة ١٩٥٥ « لا تجبر المراة على تجهيز منزل الزوجية من مهرها ولا من غيره » .

(٣) ونشير الى أن من هذه الوسائل العزل والتداوى وهى محرمة فى الشريعة المسيحية لقول الله فى التوراه أن الرجل اذا أتى امرأة وعزل عنها لا يخلص من القتل ، وقال فم الذهب فى شرحه انجيل متى وقد يعملون لكى لا يكون لطبيعتهم ثمرة وهذا شر من عدم الموجودين ، وهذا يشتمل على استخراج الزرع والقائه بحيث لا يحصل النسل ، والتداوى لمنع الحمل » . ـ المجموع الصفوى ـ الباب الرابع والعشرون ـ الفصل الخامس رقم ١١١ ، ١١٢ . وهى وسائل مشروعة من الناحية القانونية الوضعية ونذكر الاجهاض فهو محرم من باب أولى دينيا وكذا محرم فى القانون الوضعى فهو وسيلة أثيمة دينا وقانونا لتنظيم النسل ، والحماية القانونية للجنين هى قيمة قانونية .

ثالثا ـ العقد الصحيح المكروه

هو العقد الصحيح المباح شرعا ولكنه مكروه لمخالفته لروح الشريعة وطهارتها أو لأنه مظهر لشرور النفس الطاغية . ونذكر منه عدة أنواع.

أولا ـ زواج الرجل بعد وفاة زوجته :

سبق أن ذكرنا أن على الزوجة المتوفى عنها زوجها يلزمها أن تمتنع عن الزواج قبل انقضاء العدة . واما الرجل فلا يقوم بالنسبة له مانع العدة . وعلى ذلك فزواج الرجل ولو عقب وفاة زوجته بزمن بسيط مباح شرعا . ولكنه مكروه اذا لم يصبر مدة الحزن على زوجته بحسب ما يليق ويحتمل (١) .

ثانيا ـ التزوج الثانى بعد النذر : جاء فى المجموع الصفوى « (دسق ١٩) فأما التزوج الثانى بعد النذر فهو خلاف الناموس لا لأجل الاتصال بل لأجل الكذب للخالق » (رقم ٤٨ من الباب الرابع والعشرون) .

ثالثا ـ زواج أرملة بعد الستين : جاء فى المجموع الصفوى « (بس ٣٦) وارمله بعد ستين سنة من عمرها ترجع دفعة آخرى للتزوج فلتخرج كفاسقة » (رقم ٨٥) .

رابعا ـ زواج المرأة بعد وفاة زوجها : جاء فى المجموع الصفوى « (قرنثيه ٨) والمرأة .. ان يمت عنها بعلها تعتق ويجز لها أن تتزوج من شاءت من المؤمنين بالرب فقط وطوبى لها ان قامت على مثل رائى وان لم تصبر فلتتزوج » (رقم ٨٦) .

خامسا ـ زواج الارامل : جاء فى المجموع الصفوى « (مك) وان كان المتزوجون أرامل فلا يكون لهم بركه اكليل لأنه هذه البركة انما هى مرة واحدة فى الدفعة الأولى وهى ثابته على أربابها وباقية فيهم أبدا . بل تكون صلوه الكاهن لهم بالاستغفار وان كان أحد المتزوجين بكرا فليبارك وحده وهذه السنه للرجال والنساء جميعا » (رقم٨٧)

(١) الخلاصة القانونية المسألة الحادية والثلاثون رقم ١٢٤ .

ومن تزوج منهن وكان لها أولاد فلها أن تستأذنهم قبل أن تتزوج وتفرز مالها مما لأولادها . (رقم ٨٨) .

سادسا - الزواج الذى لا يرضى به الأب : جاء بالخلاصة : أنه «متى صار للذكر والأنثى خمس وعشرون سنة امتلكا السلطان الذاتى وتخلصا من الولاية . وحينئذ اذا رغب احدهما التزوج فذلك مفوض له انما يلزمه اتخاذ رأى أبيه أو من كان وليا بعده تأدبا » الا أنه « ليس للأب أو ذلك الوالى الممانعة فى ذلك مادام يكون مطابقا للشرع المسيحى(١) » . وعلى ذلك فلا يجوز مثلا أن تكون معارضة الأب لمبدأ الزواج فى ذاته لأن هذا مخالف للشرع المسيحى فقد جاء فى المجموع الصفوى « انه لا يجوز لأحد أن يعتقد أن الزيجة حرام ولا فعلها (رسطا ٤٦) ومن امتنع من الزيجة على أنها بخسة جهلا منه بأن كل ما خلقه الله فهو حسن جدا وان الذكر والأنثى من خلق الله الحسن الجميل فليقطع من الكنيسة فان كان امتناعه على طريق العبادة والزهد فذلك مباح له » (٢) .

وقد يختلف الوالد أو من يقوم مقامه مع البنت التى بلغت سن الكمال حول الشخص الذى اختارته زوجا (أو خطيبا) . ولا نرى فى الأخذ برأى الأب الا على سبيل التأدب .

وتشير النصوص الى انه يلزم الشخص بالرجوع الى الرئيس الروحى فى مثل هذه الحالات (٣) . ومن جانبنا نرى أن اغفال الرجوع الى الرئيس الروحى لا يجعل الزواج باطلا : فهو بدوره على سبيل التأدب لأن رأى الرئيس الشرعى فى هذه النصوص حل محل رأى الأب أو الولى فلا يكون أكثر منه قوة أو الزاما .

---

(١) الخلاصة القانونية - المسألة السادسة عشرة رقم ٣٧ .

(٢) المجموع الصفوى - الباب الرابع والعشرون - الفصل الخامس رقم ١١٥ .

(٣) الخلاصة القانونية رقم ١٣٨ ، ١٣٩ - المجموع الصفوى الفصل الرابع من الباب الرابع والعشرون رقم ٧٢ .

سابعا ـ التزويج الثالث : التزوج الثالث مباح شرعا باتفاق . الا انه يمكن عده من أنواع الزواج المكروه فقد جاء بالمجموع الصفوى « والزيجة الثالثة هى علامة الغواية لمن يقدر أن يضبط نفسه وهى اناء وسخ فى الكنيسة » (١) .

وأما التزويج الرابع ، فأمر جوازه فيه خلاف (٢) . فان كان جائز فهو بالتأكيد مكروه . وقد جاء بالمجموع الصفوى : « فأما أكثر من الثالثة فهى علامة الزنا الظاهر » « ومن جسر على أن يعبر الى التزويج الرابع الذى ليس هو تزويجا فلا يحتسب مثل هذا زواجا ولا المولودون منه بنين مختصين يعرفون ويلقى فى عقاب المتدنسين بأوساخ الزنا ويفرق بعضهم من بعض (٣) .

ثامنا ـ جاء بالخلاصة القانونية ذكر بعض الزيجات المكروهة :

أولا ـ زيجة الأحرار بعبدهم المؤمنين .

ثانيا ـ زيجة التاركى رهبنتهم .

ثالثا ـ زيجة امرأة القسيس بعد وفاته (٤) .

المبحث الثانى

العقد الباطل

العقد الباطل بطلانا مطلقا : هو عقد منعدم ولا يتوقف ذلك على التمسك بالبطلان أو الحكم به ، وهو يرجع الى اغفال شرط من شروط الانعقاد خاصة ما تعلق بالشكلية أو مخالفة موانع الزواج الموجبة للبطلان (٥) أو سن الزواج أو عقد الزواج من وكيل لم تصدر له وكالة خاصة .

---

(١) المجموع الصفوى ـ الفصل الخامس من الباب الرابع والعشرون رقم ٩٠ .

(٢) راجع سابقا ص ١٠٣ ـ ١٠٤ .

(٣) المجموع الصفوى ـ الفصل الخامس رقم ٩١ ، ٩٢ .

(٤) الخلاصة القانونية المسألة الثانية عشرة رقم ٤٧ . وراجع سابقا ص ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١٠٩ .

(٥) راجع سابقا ص ١١٠ وما بعدها .

أما العقد الباطل بطلانا نسبيا ، فلا بد من التمسك بالبطلان والحكم به . ويرجع ذلك الى عيوب الرضا كالغش والاكراه أو تزويج القاصر لنفسه ، أو تزويج الولى للقاصر دون رضا الأخير .

والعقد الباطل لا يرتب الآثار القانونية للزواج الصحيح أى لا يلحق بالنظام القانوني الزواج ، ومع ذلك تترتب بعض آثار ذلك النظام وتؤخذ بعض أحكامه اذا توافر حسن النية وفى هذا تنص المادة ٤٢ من مجموعة ١٩٥٥ : الزواج الذى حكم ببطلانه يترتب عليه مع ذلك آثاره القانونية بالنسبة للزوجية وذريتهما اذا ثبت ان كليهما حسن النية أى كان يجهل وقت الزواج سبب البطلان الذى يشوب العقد » .

وقد درج الفقه على تسمية تلك الحالة التى يتوافر فيها حسن النية أى جهل الزوجين أو أحدهما بالسبب الموجب للبطلان ، جهل لا يركن الى التقصير بالزواج الظنى . ويترتب على فكرة الزواج الظنى الاعتراف بالآثار التى رتبها على أنها مشروعة فالاختلاط أن تم بينهم فهو مشروع والاولاد الذين جاءوا من هذا الزواج أولاد شرعين يثبت نسبهم منهم واذا توفى أحدهم ورثه الآخر حسن النية . ونرى أن المرأة فى هذا الزواج لا يحق لها المطالبة بنفقة متجمدة لم تقبضها بعد عن المدة السابقة لحكم البطلان ولو كانت حسن النية أما ما قبضته وهى حسن النية فانها تعتبر نفقة قانونية مشروعة اما اذا كانت سيئة النية فانها تكون قبضت ما ليس مستحقا وتلزم برده وفقا لقواعد القانون المدنى — ولم يرد حكم شرعى مخالف .

واما بالنسبة للمهر فقد ورد حكم شرعى فى المادة ٧٣ من مجموعة ١٩٥٥ وتنص « فى حالة الحكم ببطلان الزواج اذا كان السبب آتيا من قبل الرجل وكانت المرأة تعلم به فلا مهر لها وان كانت لا تعلم به فلها مهرها . واذا كان السبب آتيا من قبل المرأة والرجل يعلم به فلها ان تستولى على مهرها وان يكن عالما به فلا حق لها من المهر » . وهذا حكم شرعى غير مخالف للنظام العام ونرى انه لا يهدف الى تقدير تعويض ولذلك فلا يجوز استبعاد حكمه على أساس أن تقدير التعويض من مسائل المسئولية المدنية وهذه من الأحوال العينية وتخضع للقانون

المدنى . الا أننا لا نستبعد أن يكون هناك محل للمطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة للمسئولية بجانب استحقاق المهر طبقا للحكم الشرعى (١) .

ونرى أنه يلزم الحكم بالتعويض على الطرف الذى تسبب فى بطلان الزواج كالذى ارتكب غشا أو كتم علاقة قرابة محرمة أو مرضا مانعا .. والمسئولية هنا تقصيرية .

ونرى أن الزواج الباطل لا يترتب عليه نشوء قرابة مصاهرة بصرف النظر عن حسن النية أو سوء النية .

والزواج الباطل الذى يرتب آثاره احيانا مراعاة لحسن النية يجب على الأقل أن يكون احتفظ بشكل الزواج الصحيح فى أدنى الحدود وهو الاتفاق والقصد ، أما اذا اتجه قصد المتفقين الى رباط آخر غير رباط الزواج كالتسرى فلا يجوز ترتيب أثار الزواج الظنى . والتسرى فى الشريعة المسيحية محرم لأنه خارج عن التزويج المباح فهو زنا ظاهرا ومستتر (٢) .

ونرى من ناحية أخرى أن العقد الباطل قد يقع باطلا فى جملته وقد يقع باطلا فقط فى شق منه كالشرط الفاسد فيبطل الشرط ويصحح العقد .

ونرى ان اذا كان هذا الزواج الباطل قد دفع شخص لابرام اتفاق مدنى كبيع أو هبة أو ايجار : وكان المتعاقد واقعا فى غلط فى شأن صحة هذا الزواج ، فان هذا الاتفاق المدنى يكون قابلا للابطال .

---

(١) ذهبنا الى نفس الرأى سابقا عند تحديد الآثار المترتبة على العدول عن الخطبة ؛ ونرى أن ما ينطبق على المهر ينطبق على الهدايا بطريقة القياس . وليست الهدية للخطبة او الزوجة بهبة تنطبق عليها أحكام القانون المدنى الا اذا خلت الشريعة من حكم بشأنها

(٢) الخلاصة القانونية المسألة الثالثة والثلاثون رقم ١٢٧ .

الباب الثالث

آثار الزواج
(النظام القانونى)

يتضمن النظام القانونى علاقة الزوج بزوجته وعلاقتهما بالأولاد : ولذلك نرى أن نقسم هذا الباب الى فصلين : نتناول فى الفصل الأول حقوق وواجبات الزوجين ونتناول فى الفصل الثانى حقوق وواجبات الأولاد .

الفصل الأول

حقوق وواجبات الزوجين

يمكن أن نعدد تلك الحقوق والواجبات فيما يأتى :

١ ــ على الرجل اعداد منزل الزوجية وعلى المرأة الانتقال الى ذلك المنزل .

٢ ــ على الرجل والمرأة تمكين كلاهما للآخر من تحصيل ضروراتهما الجنسية .

٣ ــ على الرجل والمرأة حفظ الود بينهما وعلى المرأة الطاعة .

٤ ــ على الرجل النفقة الزوجية .

٥ ــ للزوجة أن تحتفظ بأموالها وادارتها .

ونبحث هذه الفقرات الخمس على التوالى .

أولا ـ على الرجل اعداد منزل لزوجية : وعلى المرأة الانتقال الى ذلك المنزل يتضمن التزويج اختلاط عيشة الأزواج اختلاطا محصلا لمعانتهما على تحصيل ضروراتهما وتوليد نسل يخلفهما (١) . وهذا يقتضى بالضرورة أن يسكنا ويعيشا فى مسكن واحد هو ما نسميه منزل الزوجية . وعلى الرجل اعداد ذلك المسكن بالملك أو بالايجار وعليه أن يقوم بتجهيزه ، فلا تجبر المرأة على تجهيز منزل الزوجية ولو كانت قد قبضت مهرا ، فلو زفت مطالبتهما ولا مطالبة أبيها بشىء منه ولا تنقص شىء من مقدار المهر الذى تراضيا عليه (٢) . والعادة أن تأتى المرأة بجهاز ويزيد عليه الزوج على حسب ما جرى به العرف (٣) .

وعلى المرأة الانتقال الى منزل الزوجية ، وهو ما يسمى بالزفاف أو الدخله . وليس لها أو وليها الامتناع عن ذلك اذا كان المسكن شرعيا . ومن حق الزوجة أن تطلب من الزوج اسكانها فى مسكن مستقل ولا يحق للزوج أن يسكن معها أحدا من أهله اذا هى رفضت : ولا يحق للزوجة من ناحية مقابلة أن تسكن معها أحدا من أهلها اذا رفض الزوج . ومع ذلك فيحق للزوج أن يسكن فى منزل الزوجية أولاده من زوجة سابقة ، ويجوز للقاضى (حل محل المجلس الملى الذى ألغى اختصاصه القضائى) أن يأذن للزوج أن يسكن مع زوجته أشخاصا تجب عليه نفقتهم ولا يستطيع دفعها نقدا فيباح له أن يسكنهم معه فيقدم لهم ما يحتاجونه من طعام وكسوة (١) .

وقد تمتنع الزوجه عن الانتقال الى منزل الزوجية رغم اعداده اعدادا شرعيا ، اذا كان لهذا الامتناع سبب شرعى آخر ، مثل عدم دفع الزوج

---

(١) المجموع الصفوى الباب الرابع والعشرون الفصل الخامس رقم٧٧

(٢) المادة ٧٥ من مجموعة ١٩٥٥ .

(٣) واستقرار الحياة الزوجية يكون فى استقرار مسكنها اولا . ولذلك يبدو ضروريا استخلاص التزام كل من الزوجين بعدم التصرف احدهما دون رضاء الآخر فى الحق الذى يخولهما استعمال المسكن و التصرف فى الأثاث . وفى القانون الفرنسي يستند هذا الالتزام الى نص المادة ٢١٥ من تقنين مدني وبمقتضى هذه المادة يقع التصرف الذى ينفرد به احد الزوجين قابلا للابطال اذا طلب الزوج لآخر ذلك فى خلال سنة من علمه بالتصرف . وليس عندنا نص مقابل .

المهر المتفق عليه بمجرد الاكليل ، أو الوقوف على أمر يجعل العقد باطلا أو قابلا للابطال .

ونرى من جانبنا جبر الزوج على ضم زوجته أو جبر الزوجة على الانضمام الى الزوج الا اذا كان يوجد سبب شرعى للامتناع عن الضم أو الانضمام . حين يفرق القاضى بينهما اما بايقاع الطلاق أو القضاء ببطلان العقد على حسب الأحوال .

ونرى أن يلزم الزوج الممتنع عن الضم أو الانضمام بدون سبب شرعى بتعويض الطرف الآخر ونرى أن المسئولية هنا تقصيرية حيث أن المخالفة وقعت لالتزامات يشملها النظام القانونى للزواج وينص عليها ولو لم يرد ذكرها فى عقد الزواج بل أن ذكرها فى عقد الزواج تزيد لاقيمة له .

ثانيا – على الرجل والمرأة تمكين كلاهما للآخر من تحصيل ضروراتها الجنسية :

يقضى النظام القانونى للزواج أن لا يمتنع أحد الزوجين عن الآخر اذا ما طلبه على وجه شرعى موضعا وزمنا لاشباع الغريزة . « فليست المرأة بمسلطة على جسدها بل بعلها المسلط عليها وكذلك الرجل أيضا لبس بمسلط على جسده بل للمرأة السلطان عليه فلا يمنعن واحد منكما صاحبة الذى له الا اذا اتفقتما جميعا فى وقت من الأوقات على الصوم والصلاة ثم تعودان اذا قضيتما ذلك لشأنكما لئلايبتليكما الشيطان من أجل عدم الرضا » . وذكر المجموع الصفوى الأيام التى لا ينبغى فيها اجتماع المتزوجين هى : الأيام المقدسة للصوم لاتدنسها وأيام حيضها ونفاسها لا تقربها لئلا تصبر زيجتك بما لا يجب . اذكر ما أمرك به الرب من جهة موسى قال : كلم جماعة بنى اسرائيل وقل لهم اذا دخل واحد الى امرأة وهى طمثة فبهلاك يهلك أو يموتان بغير ولد لانهم لا يوقرون حين يلقون زريعة طاهرة فى دم » ولا يجوز للزوجة أن تباعد زوجها رغبة فى التقى . وبذلك نرى ان الانفصال فى الفراش أى الانفصال الجسمانى ليس من الشريعة القبطية الارثوذكسية ، لأن هذا مخالف لمقصد أساسى من مقاصد الزواج . ويقول بولس الرسول : : « واما المتزوجون فانى أمرهم لا أنا بل الرب أن لا تعتزل المرأة من بعلها » . وانما يجوز الاتفاق

على الانفصال عن الجماع لفترة معينة اذا لم يكن هذا الاتفاق فى حدود الأسباب الشرعية الموجبة أو المبيحة للاعتزال • الا أنه يجب الاعتدال فى ذلك المقصد فقد « جعل الله وقتا يتحفظون فيه ووقتا يفعلون فيه ارادتهم لكن ليس باضمحلال » (١) •

ونرى أنه اذا أصرت الزوجة أو الزوج على عدم الاجتماع بدون سبب شرعى ولم يطق الزوج الأخر الصبر فان له أن يطلب التفريق من القاضى • على أساس تصدع الحياة الزوجية •

ثالثا – على الرجل والمرأة حفظ الود بينهما وعلى المرأة الطاعة :

جاء بالمجموع الصفوى « وليبذل الرجل لزوجته الود الذى يجب لها عليه وكذلك فلتفعل المرأة أيضا » (٢) • ولقد أفاض بولس المختار فى شرح هذا الود وتلك الطاعة وربط علاقة الزوج بزوجته بعلاقة المسيح بالكنيسة بقوله « أيها النساء اخضعن لرجالكن كما للرب لأن الرجل هو رأس المرأه كما أن المسيح أيضا رأس الكنيسة • وهو مخلص الجسد • ولكن كما تخضع الكنيسة للمسيح كذلك النساء لرجالهن فى كل شيء • (ثم أخذ يوصى الرجال فقال) أيها الرجال أحبو نساءكم كما حب المسيح أيضا الكنيسة وأسلم نفسه لأجلها لكى يقدسها مطهرا أياها بغسل الماء بالكلمة لكى يحضرها لنفسه كنيسة مجيدة لادنس فيها ولا غصن أو شيء من مثل ذلك تكون مقدسة وبلا عيب • كذلك يجب

---

(١) المجموع الصفوى – الباب الرابع والعشرون الفصل الخامس رقم ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١٠٨/ وزاد المجموع الصفوى ببيان أن الامتناع فى أيام دم الطمث والنفاس فراجع لما يحصل لعضو التناسل من الفساد وما يعرض للاولاد المجبول بهم فى تلك الحال من الجذام والبرص . واما الامتناع فى أيام الاصوام فلكى يتم الغرض بالصوم وهو منع النفس الحيوانية من شهواتها البهيمية ونلاحظ) أن الامتناع بسبب الصوم اجبارى فى « جمعه الآلام لأنها ايام حزن وصوم وصلوات كثيرة ليله ونهاره . أما باقى الاصوام فمن غلب عليه توقد الشهوة غلبة لا يقدر على مجاهدتها فله ان يخمدها ويدفع محذور ضررها فى الاوقات من الليل التى يجوز له فيها الطعام والشراب غير ليلة النهار الذى يصمم على أن تتقرب فيه » . رقم ١٠٩ : وجاء بالخلاصة القانونية أن ايام النفاس هو أربعين يوما أن كان المولود ذكرا وثمانين ان كان أنثى (رقم ٤٩) . وجمعة الآلام هى جمعة البسخة .

٢) المجموع الصفوى الموضع السابق رقم ١٠٥ .

على الرجال أن يحبوا نساءهم كأجسادهم . ومن يحب أمرأته يحب نفسه فانه لم يبغض أحد جسده قط بل يقويه ويربيه كما الرب أيضا الكنيسة لأننا اعضاء جسمه من لحمه ومن عظامه . ومن أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسدا واحدا . هذا السر عظيم ولكننى أنا أقول من نحو المسيح والكنيسة واما أنتم الأفراد فليحب كل واحدا امرأته هكذا كنفسه واما المرأة فلتهب رجلها » (١) .

وصور الطاعة كثيرة ، ويترك الأمر لتقدير القاضي ، الا أننا نذكر امثلة ، ومن جانبنا نرى أن الطاعة تفرض على المرأة أن تسكن مسكنه وان تلبس ملبسه وان تأكل مأكله وان تعيش عسره ويسره ، وان تخرج متى شاء وان تدخر نفسها فى البيت اذا اراد . وان تقصر نفسها عليه فلا تنصرف بعواطفها الى غيره ولا تبدى زينتها لغيره ولا ترتكب أكبر الفواحش وهو الزنا فاذا ساء حالها الى هذا الحد جاز للزوج أن يطلب الطلاق .

والطاعة تفرض عليها انتظار زوجها الغائب مادام لم تصل مدة الغيبة الحد الذى يجيز طلب الطلاق ، وان صبرت فقد أصابت حيزا كثيرا ، وعليها انتظار زوجها المسجون مادام لم تصل مدة السجن الذى يجيز الطلاق ، وان صبرت فقد أوفت بميثاقها خير وفاء .

والطاعة تفرض عليها تحمل تأديب زوجها . ويقف التأديب والطاعة للزوج اذا اعتاد ايذاءها ايذاءا جسيما يعرض صحتها للخطر ، بل يحق لها أن تطلب الطلاق فى هذه الحالة .

والطاعة تفرض عليها الانتقال الى منزل الزوجية الشرعى وتفرض عليها الجماع الشرعى بزوجها ، وتفرض عليها العناية بأولادها .

---

(١) المجموع الصفوى — تذييل الباب الرابع والعشرون ص ٢٥٩ (صاحب التذييل هو جرس فيلوثاوس عوض) .

والطـاعة أو خضوع المرأة ، كما يقول انوسطينوس « لا ينفي ولا ينزع لك الحرية التي للمرأة تمـام الحق فيها ، من حيث مقامهـا كعضو من أعضاء الهيئة البشرية ومن حيث وظيفتها الشريفة كزوجة وام وشريكة حياة ولا يوجب عليها أن تنقاد لجميع رغائب الرجل التي قد لا تنطبق على العقل أو على كرامتها » وقال لاون « أن الرجل هو رب العائلة وأسس المرأة لكنها من حيث هي لحم من لحمه وعظم من عظامه يجب أن تخضع له وتطيعه لا كخادمة بل كرفيقة » (١) • وعلى الزوج الرفق بزجته والصبر عليها ، ان جرى بينه وبينها شرا بسبب من الأسباب وكانت هي الظالمة حتى ترجع أموره معها احسن القضايا (٢) •

ويؤدي عدم حفظ الود وعدم الطاعة الى تصدع الحياة الزوجية مما يكون سببا للطلاق فضـلا عن الجزاءات الخاصـة •

رابعا – على الرجل النفقة الزوجية

النفقة الواجبة على الزوج لزوجته تشمل كل الوجوه التي تتطلبها الحياة العادية من مسـكن ومأكل ومشرب وملبس وعـلاج وترفيه وتعليم •• الخ لكن بقدر طاقته (م ١٤١ مج) وتجب النفقة على الزوج لزوجته من حين العقد الصحيح (م ١٤١ مج) (٣) • وعادة تقدم النفقة عينا ومباشرة من الزوج ومع ذلك اذا اثبتت الزوجة للقاضي مماطلة الزوج في الانفاق عليها يقدر لها القاضي نفقة تعطي لها لتنفق على نفسها •

---

(١) في الزواج المسيحي ، رسـالة عامة للاب الاقدس البابا بيـوس الحادي عشر بيروت آذار سنة ١٩٣١ ، ص ١١ •

(٢) نيقية ٥٥/المجموع الصفوي الباب الرابـع والعشرون رقم ١٢٤ .

(٣) ولكن لا تجوز المطالبة بها عن أية مدة تقبل رفع الدعـوى ، ونظرا لأنه لم يرد في شريعة الأقبـاط الارثوذكس حكم خاص بالتـقادم المسقط للنفقة الزوجية فان بعض الفقهـاء يرون تطبيق القواعد الواردة في القانون المدني والحاقه بالحقـوق المتجـددة التي تتقـادم بخمس سنوات (توفيق فرج ص ٧٢٢ ـ جميل الشرقاوي ١٧٣ ـ ١٧٦) ، ويذهب البعض الآخر من الفقهـاء الآخرين ذهبوا الى مد حـكم الشريعة الاسـلامية ، فلا يجوز المطالبة بنفقـة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنـوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى ، ونحن مع هذا الرأى الأخير لان الشريعة الاسـلامية تسد النقص باعتبارها ذات الولاية العامة وان النفقة الزوجية تعتبر من الأمور الشرعية .

كما أنه اذا كان الزوج غائبا قدرت لها نفقة وأخذت من ماله (١٥٤مج) وعلى الوكيل القائم بادارة مال الغائب الوفاء بها • واذا صارت للزوجة نفقة متجمدة وصدر بها حكم قضائى واجب النفاذ تطبق المادة ٢٣٩ عقوبات مصرى • ويكون استيفاء النفقة المحكوم بها جبرا بالتنفيذ على مال الزوج طبقا لقواعد قانون المرافعات ، وينقض دين النفقة بالتقادم بمرور خمس عشرة سنة أو بالابراء • وينتقل الحق الى الورثة أما النفقة التى لم يحكم بها بعد فهى لا ينتقل الحق فيها الى الورثة (م١٤٥مج) •

ويسقط حق الزوجة فى النفقة اذا تركت منزل الزوجية بغير مسوغ شرعى أو أبت السفر معه الى الجهة التى نقل اليها محل اقامته بدون سبب معقول • (م ١٤٢) وبالمثل يسقط حق الزوج فى الطاعة اذا خل بالتزام النفقة •

ويسقط حق الزوجة فى النفقة عن زوجها المعسر ، بل أكثر من ذلك تجب عليها هى أن تنفق على زوجها اذا لم يستطيع الكسب وكانت قادرة على الاتفاق (م ١٤٦ مج) (١) •

ونفقة الزوجة تجب على زوجها ولو كانت موسرة وتجب ولو كان الزوج قاصرا أو غائبا وهى تجب فى الزواج الصحيح ولا تجب فى الزواج الباطل الا اذا توافر حسن النية فلا يجوز للزوج مطالبة الزوجة فى الزوج الباطل برد النفقة التى صرفها وهى حسنة النية ولكن اذا كان لها متجمد لم تقبضه بعد ولم تستدن فاننا نرى انه لايجوز لها أن تطالب به رغم حسن نيتها لانه قبض غير المستحق وتقف نفقة الزوجية بالموت •

ويجوز أن تقدم الزوجة ما يسمى بالدوطة « بائنة » وهى مال (حق ملكية أو أى حق آخر يقوم بالمال) ترصده بالاتفاق مع الزوج على مصارف الحياة الزوجية واعبائها ، فيتسلمه الزوج ويتولى ادارته

---

(١) ولا نرى فى هذا الحكم أن مخالفة للنظام العام حيث أصبحت الزوجة اليوم تعمل وقادرة على الكسب الشريف .

والصرف من غلته . والدوطة ليست نظاما مسيحيا ، فان المصريين أخذوا هذا النظام من الأغريق (١) .

ولا يوجد فى القانون المصرى تنظيم للدوطة ، ولذلك نراها اتفاقا غير مسمى (٢) . ولا يجوز ونحن نطبق القانون المصرى أن نحدد لها أحكاما مستعارة من قوانين أجنبية على أنها أحكاما ملزمة يجب على القاضى تطبيقها . بل ولا يجوز الرجوع الى الأحكام الشرعية أن وجدت (٣) لأن الأحكام الشرعية لا تطبق فى غير الأحوال الشخصية .

---

(١) صوفى ابو طالب — مبادىء تاريخ القانون ١٩٦٧ ص ٥٣٩ .

(٢) ذهب الى هذا أيضا : سمير تناغو المرجع السابق ص ٣٠٢ وراجع سابقا ص ٢٨ — ٢٩ .

(٣) وهذا يرتبط بتكييف إتفاق الدوطة فلقد سبق أن وجدنا أنه اتفاق مدنى وليس من الأحوال الشخصية (سابقا ص ٢٩) . ومن هنا نجد أن الفقهاء الذين ذهبوا الى اعتبار الدوطة من الأحوال الشخصية يرجعون الى الأحكام الشرعية . توفيق فرج (المرجع السابق فقرة ١٣٩ ص ٦٨٩) .

ويمكن باجتهاد خاص من جانبنا تحديد بعض أحكام الدوطة منزى :

١ — الدوطة اتفاق بين الزوجة والزوج مستقل عن عقد الزواج وقد يبرم قبل العقد ، لكن لا يكون نافذا الا مع بدء الحياة الزوجية . والدوطة لا تؤثر عليه لاحقا فلا يجوز طلب التطليق اذا لم تدفع .

٢ — الدوطة يجب أن تقدم من الزوجة فاذا قدمت من شخص آخر فيجب أن تأخذ اطار اتفاق مسمى من اتفاقات القانون المدنى .

٣ — الدوطة قد تكون نقدا أو منقولا أو عقارا .

٤ — الدوطة هى كل ما يعين الزوج على الايفاء بالتزامات الحياة الزوجية المكلف بها قانونا ، فيجوز ان تكون مسكنا مملوكا للزوجة تجعله مسكنا للزوجية ، أو ماشية تملكها الزوجة وتحملها الى الأسرة الجديدة ؛ ولا يصح أن تكون الدوطة من الأشياء المستهلكة بالاستعمال كالمأكل أو الملبس .

٥ — فى الغالب ان تحتاج الدوطة الى ادارة واستغلال لا دراراً دخل والأصل ان يتولى الزوج هذه الادارة ، ولكن لا مانع أن يتفق الزوج والزوجة على تعين شخص آخر ليتولى الادارة . واذا تولى الزوج الادارة فانه لا يتقاضى اجرا ولا يلزم الا ببذل العناية التى يبذلها فى ادارة شئونه الخاصة دون أن يكلف بأزيد من عناية الرجل العادى ولا يضمن فى نظرنا مخاطر الادارة الحسنة ، فهو ليس ملتزما برد الدوطة بالحالة التى تسلمها

=

خامسا – للزوجة أن تحتفظ بأموالها وادارتها

نصت المادة ٤٦ من مجموعة ١٩٥٥ على أن « الارتباط الزوجي لا يوجب اختلاط الحقوق المالية بل تظل أموال كل الزوجين مملوكة له

وانما بالحالة التي هي عليها وقت الرد . ولا يضمن الا اخطائه الجسيمة ويسأل جنائيا عن خيانة الأمانة في حالة التبديد .

٦ – الدخل المتحصل من استغلال الدوطة يكون في يد الزوج حتى ولو تولى الادارة شخص آخر . ويضاف الى اصل الدوطة .

٧ – اتفاق الدوطة يكون بذاته متضمنا وكالة للزوج في الادارة . وان كان يلزم تقديم حساب عنها . ويجب ان يحصل على وكالة خاصة بالنسبة لبعض التصرفات كما يقضي القانون المدني .

٨ – نرى أن اتفاق الدوطة لاتجوز المطالبة بتنفيذه جبريا ، لانها مطالبة بغير مستحق ولذا نرى اتفاق الدوطة اتفاق عيني لا ينعقد الا بتسليم الدوطة ، ونقول أن العينية تستند الى ارادة الطرفين .

٩ – واتفاق الدوطة لا يكشف او ينقل او ينشيء حقا عينيا للزوج على الدوطة . وينشيء فقط حقوق والتزامات شخصية . هي مزيج من حقوق والتزامات الوكيل والمودع لديه والمستعير والمتبرع اليه والدائن . فاذا اريد انشاء حق عيني للزوج ملكية أو متفرع عن الملكية فهذا اتفاق مسمى وليس اتفاق دوطة على ما نرى .

١٠ – اتفاق الدوطة يجعل الدوطة لا يجوز التصرف فيها دون حاجة الى اشتراط عدم التصرف لأن هذا التصرف لا يملكه الزوج حيث أن سلطته محدده بالادارة ولا تملكه الزوجة لانه مخالف لما التزمت به . فاذا تصرف الزوج فان تصرفه لا ينفذ في حق الزوجة وتسري احكام بيع الغير واذا تصرفت الزوجة فتصرفها نافذ ولكن اذا كان التصرف معاوضة فان المقابل نقدا أو عينا يكون هو الدوطة ويحل حلولا عينيا ، واذا كان يتبرع فان الزوج يستطيع أن يطعن فيه بالدعوى البوليصية دون حاجة الى اثبات الغش ، اننا نعتقد أن الزوج له صفة الدائن . ونرى انه حتى ولو تم شهر اتفاق الدوطة — في حالة ما اذا كان متعلق بعقار — فان هذا الشهر بذاته لا يكون مكونا للدوطة مركزا يحتج به على الغير ، لأن اتفاق غير مسمى ، ولذلك فان التصرف اليه يتلقى المال خاليا من حقوق الدوطة . ولهذا السبب نفسه نرى أيضا أن انشاء الدوطة لا يحتج به على دائني الزوجة والقول بغير ذلك مخالف للنظام العام لأن معناه أن الزوجة تستطيع أن تهرب أموالها بارادتها المنفردة وحق الدائن أولى حق .

أما اذا انتقلت الملكية للزوج فيمكن للزوجة أن تشترط في هذا العقد شرط المنع من التصرف ، وهو شرط يكون نافذا في مواجهة المتصرف اليه وفي مواجهة الدائن فلا يجوز الحجز على هذا المال . كذلك اذا تلقى الزوج او الزوجة الدوطة بمقتضى هبة أو وصية فان الهبة والوصية يجوز أن تتضمن اشتراط عدم جواز الحجز عليها (م ٣٠٨ مرافعات) .

دون الآخر » (١) ، ويتضح من هذا النص أن الأصل هو نظام انفصال أموال الزوجين ملكية وادارة وهذا الحكم مطابق تماما للنظام العام

ويجوز للزوجين الاتفاق فيما بينهما على نظام اشتراك أو اتحاد الأموال لصالح الأسرة وهذا الاتفاق لا يخلق ذمة جديدة مستقلة عن ذمة الزوج أو الزوجة ، فالأموال التى يشملها هذا الاتفاق تبقى فى ذمة كل منهم لكن مع تخصيصها لما اتفق عليه . وليس فى القانون المصرى نظام قانونى لهذا الاشتراك بخلاف القانون الفرنسى الذى يعرف نظاما قانونيا للاشتراك Communauté légal (٢) . وعلى ذلك ففى القانون المصرى لا يوجد الا الاشتراك الاتفاقى ويجوز أن ينشىء هذا الاتفاق ملكية أسرة ويجب فى تحديد الأسرة ادخال الزوجين (٣) : وتتكون من مال يقدمه كل منهم وغالبا تتكون من تركة آلت اليهم ملكيتها .

واذا ظلت أموال كل الزوجين كلها أو بعضها منفصلة ، فلا يستتبع هذا قسمة نفقات المعيشة المشتركة بينهما . ولكن أى اتفاق بهذا الشأن مشروع نظرنا . واحتفاظ كل من الزوجين بملكية اعيانه يشمل حق

---

(١) لا يمكن اعتبار الدوطة والتزامات الحياة الزوجية مجموعة قانونية ، لأن المجموعات القانونية فى القانون المدنى المصرى لا تنشأ الا بنص (كما هو الحال فى التركة) . كما أن الأسرة فى القانون المصرى ليست شخصا قانونيا مستقلا يمكن أن تسند اليه ذمة .

١٢ — يجوز الاتفاق على انهاء الدوطة أثناء سير الزواج . واذا انتهت الحياة الزوجية بالطلاق أو الوفاة فانه يجب أن ترد الدوطة الى الزوجة او ورثتها .

(٢) ورد نفس الحكم فى الخلاصة القانونية فى المسألة الثانية والعشرون رقم ٥١ . والاشارة الى هذه المصادر الشرعية هى من باب الاستئناس والاطمئنان الى الشرع قبل القانون .

(٣) راجع كاربونييه القانون المدنى (تيميز) الجزء الثانى ص ١٠٢ .

(٤) محمود جمال الدين زكى دروس فى الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٦ فقرة ١٣٧ .

ادارتها ، ولا تلتزم الزوجة أو وليها استشارة الزوج الا تأدبا (١) ولا مانع أن تتفق الزوجة مع الزوج على أن يتولى ادارة أموالها لحسابها .

وأيا كان نظام الأسرة المالى ، فان ادارة الحياة العائلية واجب مشترك بين الزوجين والأمر لا يحتاج الى نص خاص على غرار المادة ٢١٣ مدنى فرنسى والأصل أن الزوج هو رئيس الأسرة أى هو صانع القرار الأخير ومع ذلك فيلزمه من باب أخلاقيات الزواج أن يأخذ رأى زوجته، وانما لا يجوز لها الاعتراض قانونا على قرار زوجها الا اذا كان ماسا بحقوقها الشرعية أو حقوق الأولاد فلها اللجوء الى القضاء ولو بصفة مستعجلة . وتجرى العادة أن تتولى المرأة ادارة الشئون المنزلية . ولا يوجد عندنا نص شرعى أو وضعى يقرر حق للمرأة بهذا الخصوص(٢) ولا نعلم وجود عرف ملزم .

(١) جاء فى الخلاصة (المسألة الثالثة والعشرون) أن الزوجة أو ليها تلزم باستشارة الزوج ومن جانبنا نرى أن الحكم الشرعى هناك حجة لاننا فى مسألة من الاحوال العينية وليست من الاحوال الشخصية ولذلك اشرنا فى المتن أن الاستشارة من باب التأدب المقتضى به عرفا وليس من باب الالزام الذى يرتب على مخالفة جزاء قانونى .

(٢) وتنص المادة ١٣٥٧ من القانون الألمانى على أن للزوجة (سلطان المفاتيح فهى التى تتولى زمام الاقتصاد المنزلى فى الشراء والصرف والتخزين وما الى ذلك تادرس ميخائيل المرجع السابق ص ١٤٢ . وبالرجوع الى المادة ٢٢٠ مدنى فرنسى يكون لكل من الزوجين ولو بمفرده ابرام كافة العقود المتعلقة بادارة المنزل وتربية الأولاد ويكون هذه العقود ملزمة للزوجين بالتضامن . ولكن لا تضامن فى العقد الذى يجلب نفقات باهظة بالنظر لحال الاسرة أو اذا انعدمت الفائدة أو اذا توافرت سوء نية المتعاقد الآخر واذا كان هناك اشتراك قانونى فى الأموال فالديون التى يعقدها الزوجين بخصوص الاسرة تكون دينا على الأموال المشتركة . كاربونيه المرجع السابق ص ١٠٣ .

الفصل الثاني

الحقوق والواجبات الشرعية للأولاد

يمكن اجمال هذه الحقوق والواجبات فى ثبوت النسب والنفقة والحضانة والولاية على النفس كلها من مسائل الأحوال الشخصية والتى تخضع للشريعة الدينية فيما لا يوجد فيه تشريع • ونرى أن نفرق بين أولاد الزيجة وأولاد التبنى •

المبحث الأول

أولاد الزيجة

أولا – ثبوت النسب

ثبوت النسب يعتبر أول حق يثبت للأولاد • واهميته تظهر فى أنه شرط لاكتساب حقوق أخرى مالية كحق الارث بينها وغير مالية كحق حمل اسم الأب واللقب • وثبوت النسب فى الشريعة القبطية طبقا لمجموعة ١٩٥٥ تختلف أحكامه بالنسبة للأولاد الشرعيين والأولاد غير الشرعيين ومجهولى النسب فالنسبة للقسم الأول تثبت البنوة الشرعية بقوة القانون أما القسم الثانى فتثبت البنوة الشرعية باجراء يسمى تصحيح النسب واما القسم الثالث فتثبت البنوة الشرعية باجراء يسمى الاقرار بالنسب •

(أ) الأولاد الشرعيين : قواعد ثبوت أو نفى نسبهم :

يثبت النسب بقوة القانون للولد الشرعى أى المولود حال قيام الزواج الصحيح عن المدد المحددة شرعا وهى أن تكون الولادة عن مدة لا تقل عن ستة أشهر « من حين عقد الزواج » ، بحساب الشهر ثلاثين يوما (١) • ولا تزيد عن عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة •

---

(١) مواد ٨٢ ، ٨٣ من المجموعة . ونشير الى أن أقل مدة للحمل فى الشريعة الاسلامية هى أيضا ستة أشهر بشرط كون المرأة فراشا وقد اختلف فقهاء المسلمين فى تفسير الفراش فالحنفية يرون أن المرأة تصير فراشا بمجرد العقد عليها ولو كان التلاقى بينهما ممتنعا عادة . وجمهور الأئمة أن المرأة لا تصير فراشا بمجرد العقد عليها فى الزواج الصحيح =

فاذا ولد الولد قبل مضى تلك المدة لا يثبت الا فى الأحوال الآتية:
أولا ـ اذا كان الزوج يعلم أن زوجته كانت حامل قبل الزواج. ثانيا ـ اذا بلغ عن الولادة أو حضر التبليغ عنها . ثالثا ـ اذا ولد ميتا (١) . ونضيف حالة رابعة نصت عليه الخلاصة القانونية وهى أن يكون الرجل وقع قبل الزواج بتلك المرأة وهى بكر وافتضى بكارتها وكلف بالزواج بها رسميا حال حملها منه فحينئذ يكون المولود منها بعد زيجتها به نسلا له (٢) . ويجوز للأب أن يقر نسب ابنه المولود عن تلك المدة بشرط الا يقول أنه من زنا ، وبشرط أن يكون الزوج من يتصور منه الاحبال ، والاقرار قد يأتى صراحة أو ضمنا قبل الولادة (٣) .

أما المولود بتمام هذه المدة فصاعدا فيثبت نسبه ولا يجوز نفى نسبه ولو بادعاء عدم القدرة على الاتصال الجنسى . ومع ذلك يجوز نفى نسبه لعلة الزنا اذا كانت الزوجة قد أخفت عنه الحمل والولادة (م ٨٥ مج) . وكذلك يجوز للزوج أن ينفى نسب الولد اذا أثبت أنه فى الفترة بين اليوم السابق على الولادة بعشرة أشهر واليوم السابق عليها بستة أشهر كان يستحيل عليه ماديا أن يتصل بزوجته سواء بسبب بعد المسافة بينهما أو بسبب وجوده فى السجن أو بسبب حادث من الحوادث (م ٨٤ مج) . وقريب من هذا أيضا ما قررته الخلاصة القانونية من

=

وانما يجب ان يضاف الى ذلك أن يكون التلاقى بين الزوجين ممكنا عادة . راجع البرديسى . المرجع السابق ص ٥٤٦ .

ونشير الى أن الخلاصة القانونية حددت أقل مدة للحمل بتسعة أشهر من الاقتران واذا ولد لسبع أشهر فلا يثبت نسبه الا اذا قرر الأطباء انه ابن سبعة (الخلاصة ـ المسألة الرابعة والثلاثون رقم ١٣١ ، ١٣٢) .

(١) م ٨٦ المجموعة القبطية واضافت « اذا ولد للحياة » ومن جانبا نلاحظ انه طبقا للقانون المصرى تثبت الشخصية القانونية لما ولد حيا ولو كان غير قابل للحياه ولذلك نرى انه نفى نسبه لا يجوز الا فى الحالتين الاولى والثانية .

(٢) رقم ١٣٣ من المسأله ٣٥ من الخلاصة القانونية .

(٣) البرديسى ـ المرجع السابق ص ٥٤٧ . والاستعانه بالفقه الاسلامى الثرى فى هذا المجال له ما يبرره نظرا لاتحاد القاعده ، وهذه التفاصيل هى تفسير وتطبيق للحكم .

أنه للرجل نفى المولود من امرأته فى أثناء انفصاله عنها انفصالا ظاهرا محققا كأن يسافر أو يؤسر أو يبعد لحكم جنائى وغير ذلك مما يؤكد انفصاله عن خلطة زوجته الفراشية (١) .

ويجب الا يولد لمدة تزيد عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة والا جاز نفى نسبه (م ٨٨ مج) . واذا صدر قرار يرخص للزوج أثناء نظر دعوى الطلاق - بالاقامة فى مسكن منعزل فيجب أن تتم الولادة عن مدة لا تزيد عن عشرة أشهر من تاريخ الترخيص واذا رفضت دعوى الطلاق أو حدث صلح فيجب أن يولد قبل مضى ستة أشهر من من تاريخ رفض الدعوى أو الصلح (م ٨٧ مج) .

وفى الاحوال التى يجوز للزوج نفى الولد يجب عليه أن يرفع دعواه فى ظرف شهر من تاريخ الولادة اذا كان حاضرا وقتها أو من تاريخ عودته اذا كان غائبا أن من تاريخ علمه اذا كانت اخفيت عنه . (م ٨٩ مج) . واذا توفى الزوج قبل انقضاء المواعيد المبينة دون أن يرفع دعواه فلورثته الحق فى نفى الولد فى ظرف شهر من تاريخ وضع يده هو أو وليه على أعيان التركة أو من تاريخ منازعته لهم فى وضع يدهم عليها . بين اليوم السابق على الولادة بعشرة أشهر واليوم السابق عليها (م ٩٠ مج) .

وكذلك يجوز للزوج أن ينفى نسب الولد اذا أثبت أنه فى الفترة بستة أشهر كان يستحيل عليه ماديا أن يتصل بزوجته سواء بسبب بعد المسافة أو بسبب وجوده فى السجن أو بسبب حادث من الحوادث (٢) . ويجب لكى يكون النفى مقبولا الا يكون سبقه اقرار صريح أو ضمنى بالولد ويجب الا يتأخر عن وقت الولادة أو عند شراء معدات جذه

---

(١) ونشير الى ان حالات نفى النسب محددة وعلى سبيل الحصر فى المجموعة القبطية . والامر على عكس ذلك فى الشريعة الاسلامية حيث يجوز فى جميع الاحوال اذا لم يكن الزوج قد اقر بالولد صراحة او ضمنا ان ينفى نسبه منه واذا انفاه تلاعن الزوجان واذا تلاعنا انتفى نسبه . البرديسى - المرجع السابق ص ٥٤٧ .

(٢) مادة ٨٤ من المجموعة .

الولادة أو فى مدة التهنئة بالمولود أو عند حضوره ان كان غائبا (١) .

ويجب ألا يولد الولد لمدة تزيد عن عشرة اشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، والا جاز نفى نسبه (٢) .. واضافت الخلاصة ان للرجل نفى المولود من امرأته فى اثناء انفصاله عنها انفصالا ظاهرا محققا كأن يسافر أو يؤسر أو يبعد لحكم جنائى وغير ذلك مما يؤكد انفصاله عن خلطة زوجته الفراشية ، واستمر على ذلك الانفصال مدة ثم وضعت المرأة مولودا بعد تاريخ انفصاله عنها بعشرة أشهر أو أكثر .. ونرى أن المرأة — كما ذهبت الى ذلك الخلاصة القانونية — ان تقيم الدليل الشرعى على تأخير الجنين فى بطنها زيادة عن الشهور المعتبرة كتقرير طبى لا شبه فيه .

(ب) الاولاد غير الشرعيين : تصحيح النسب :

تصحيح النسب يكون للأولاد المولودون قبل الزواج عدا أولاد الزنا وأولاد المحارم . وقبل الزواج يعنى بها كما يدل نص المادة ٩٢ قبل عقد الزواج . ويصير هؤلاء الأولاد شرعيين بزواج أبويهم واقرارهما أمام الكاهن المختص ببنوتهم أما قبل الزواج أو حين حصوله وفى هذه الحالة الأخيرة يثبت الكاهن الذى يباشر عقد الزواج اقرار الوالدين بالبنوة فى وثيقة منفصلة . (م ٩٢ مج) . واضافت المادة ٩٣ انه يجوز تصحيح النسب لمصلحة أولاد توفوا عن ذرية وفى هذه الحالة يستفيد ذرية أولئك الأولاد من تصحيح نسبهم . وتصحيح النسب يجعل للأولاد من الحقوق وعليهم من الواجبات كما كانوا مولودين من هذا الزواج . (م ٩٤ مج) . فهو اذن يوجد بنوة شرعية .

(ج) الاولاد مجهولى النسب :

يجوز الاقرار ببنوة مجهول النسب أى ثابت النسب من شخص آخر ، ويشترط أن يأتى هذا الاقرار من شخص رشيد عاقل وان يكون

---

(١) مادة ٨٨ نفس المجموعة .

(٢) ومن ذلك ان يرخص للزوج بالاقامة فى مسكن منعزل وغالبا ان يكون ذلك اثناء نظر دعوى الطلاق فيجب ان تتم الولاده عن مدة لا تزيد عن عشرة اشهر من تاريخ الترخيص . واذا رفضت دعوى الطلاق أو حدث صلح فيجب ان يولد قبل مضى ستة اشهر من تاريخ رفض الدعوى او الصلح . (م ٨٧ مجموعة ١٩٥٥) .

سن المقر بالنسبة لسن المقر له مما يولد منه لمثله (م ٩٥ مج) • وقد يأتى الاقرار تلقائيا وفى هذه الحالة يجب أن يثبت بعقد رسمى يحرر أمام الكاهن ما لم يكن ثابتا من شهادة الميلاد • (م ٩٩) • وقد يأتى الاقرار فى صورة تصديق على ادعاء مجهول النسب بالأبوة أو بالأمومة • (م ٩٦) • ويجوز لكل ذى شأن أن ينازع فى اقرار الأب أو لأم بالبنوة وفى ادعاء الولد لها (م ١٠٠ مج) •

والاقرار لا يلزم المقر فاقرار الأب بالبنوة دون اقرار الأم لا تأثير له الا على الأب والعكس بالعكس • (م ٩٧) واقرار أحد الزوجين فى أثناء الزواج ببنوة ولد غير شرعى رزق به قبل الزواج من شخص آخر غير زوجة لا يجوز له أن يقر بهذا الزواج ولا بالأولاد المولودين من ذلك الزواج (م ٩٨) •

والاقرار بالنسب يوجد بنوة شرعية ، وليس لنا أن نبحث فى صدى الاقرار قلنا الظاهر والله يتولى السرائر •

(د) الاولاد غير الشرعيين : الحكم بثبوت نسبهم :

طبقا للمادة ١٠١ من مجموعة ١٩٥٥ يجوز الحكم بثبوت نسب الأولاد غير الشرعيين من أبيهم فى الأحوال الآتية :

أولا ـ فى حالة الخطف أو الاغتصاب اذا كان زمن حصولها يرجع الى زمن الحمل •

ثانيا ـ فى حالة الاغواء بطريق الاحتيال أو باستعمال السلطة أو الوعد بالزواج •

ثالثا ـ فى حالة ثبوت وجود خطابات أومحررات أخرى صادرة من الأب المدعى عليه تتضمن اعترافه بالأبوة اعترافا صريحا •

رابعا ـ اذا كان الأب المدعى عليه والأم وقد عاشا معا فى مدة الحمل وعاشرا بعضهما بصفة ظاهرة •

خامسا — اذا كان الأب المدعى عليه قد قام بتربية الولد والانفاق عليه أو اشترك فى ذلك بصفته والداله .

وليس مجرد توافر احدى الحالات السابقة توجب على القاضى الحكم بثبوت الأبوة ، فالأمر جوازى له بقدر تيقنه والذى اشارت الى الحالات المذكورة هى قرائن يصح أن تقويها البينة (١) .

واضافت المادة ١٠٢ أنه لا تقبل دعوى ثبوت الأبوة :

أولا — اذا كانت الأم فى أثناء مدة الحمل مشهورة بسوء السلوك أو كانت تعاشر رجلا آخر .

ثانيا — اذا كان الأب المدعى عليه فى أثناء تلك المدة يستحيل عليه ماديا سواء بسبب بعده أو بسبب حادث من الحوادث أن يكون والد الطفل .

واضافت المادة ١٠٣ أنه لا يملك رفع دعوى ثبوت الأبوة غير الولد أو الأم اذا كان الولد قاصرا . ويسقط حق الولد فى رفع الدعوى بعد سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد . ويسقط حق الأم بعد سنتين من تاريخ الوضع . ويجوز طلب الحكم بثبوت الأمومة وعلى الذى يطلب ثبوت نسبه من أمه أن يثبت انه هو نفس الولد الذى وضعته وله أن يثبت ذلك بشهادة الشهود (م ١٠٤ مج) (٢) .

ثانيا — النفقه

نفقة الأولاد من أهم أقسام النفقة على الأقارب ، فهم فروع الأب أو الأم الملتزم بالنفقة . وهى من الأحوال الشخصية (٣) وتخضع للشريعة الدينية حيث لا يوجد تشريع .

---

(١) توفيق فرج المرجع السابق ص ٧٥٨ .

(٢) ولقد نهى النبى الكريم محمد صلى الله عليه وسلم الآباء عن انكار نسب أولادهم وقال « ايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رءوس الخلائقه » . ونهى النساء عن نسبة الاولاد الى غير آبائهم وقال « ايما امرأه ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ولن يدخلها جنته » . البرديسى المرجع السابق ص ٥٢٨ .

(٣) راجع سابقا ص ٣١ .

والنفقة التى تجب على الأب أو الأم لوالده ذكرا أم أنثى لا تشمل نفقة زوج البنت أو زوجة الابن وانما تقع نفقة هذه على زوجها (١) . الا اذا كانت هذه قريبة للأب من ناحية اخرى توجب عليه الانفاق ؛ وحتى فى هذه الحالة فان النفقة تلزم الزوج أولا ثم الأب أو من هم بعده . فى حالة اعسار الزوج .

وتنص المادة ١٤٧ من مجموعة ١٩٥٥ « تجب النفقة بأنواعها الثلاثة على الأب لولده الصغير الذى ليس له مال سواء أكان ذكرا أو انثى الى أن يبلغ الذكر حد الكسب ويقدر عليه وتتزوج الأنثى » . وتنص المادة ١٤٨ « تجب على الأب نفقة وجده الكبير الفقير الذى لا يستطيع الكسب ونفقة الأنثى الكبيرة الفقيرة ما لم تتزوج » .

وواضح من هذه النصوص أن النفقة لاتلزم الأب لمجرد الأبوة وانما للأبوة والاحتياج فاذا كان للولد مال فلينفق الأب على ولده من ماله . واذا لم يكن للولد مال فانه يفرق بين الذكر والأنثى ؛ ونفقة تلزم الأب الى أن تتزوج أما نفقة الذكر فانها تلزم الأب الى أن يصبح هذا الابن قادرا على الكسب ، والقدرة على الكسب ليست فقط ببلوغ سن يكون

---

(١) وهذا ما ذهب اليه الفقهاء المسلمين فى تطبيقهم للشريعة الاسلامية ؛ ونرى الأخذ به على الاقباط غير المسلمين حيث لا يوجد حكم مخالف فى شريعتهم (راجع سابقا ص ٥٧ المبحث الثالث) . وفى هذه الحالة اذا كان الزوج معسرا فان القاضى يأذن للزوجه بالاستدانه اذا طلبت ذلك وللقاضى أن يأمر من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة بالانفاق عليها على ان يرجع زوجها اذا ايسر فاذا امتنع من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة حبسه القاضى ان طلبت المراة الحبس . البرديسى المرجع السابق ص ٦٩٣ . ومن جانبا نرى أن الحبس يكون بتطبيق المادة ٢٩٣ عقوبات ولا يجوز الجمع بينها وبين المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لانه غايتهما واحدة تحقيق نوع من الاكراه البدنى وليس التجريم الحقيقى والشروط والجزاء متشابه جدا لذا يمكن القول بأن المادة ٢٩٣ الغت هذه المادة الغاء ضمنيا . عكس ذلك جميل الشرقاوى المرجع السابق ص ٢٩٠ حيث يجيز الجمع . والفقه الذى لا يأخذ بما ذهبنا اليه هو الغالب سنقسم بعد ذلك حول طبيعة تلك القاعدة الواردة المادة ٣٤٧ : من قال انها من قواعد الاجراءات جعل تطبيقها شامل المنازعات المسلمين وغير المسلمين ومن جعلها قاعدة موضوعية جعلها خاصة التطبيق على منازعات المسلمين .

فيها قوى البنية على مباشرة عمل يكسب منه وعدم وجود مرض يمنعه من ذلك بل أيضا الا يكون مشغولا بما هو أهم كطلب جاد للعلم (١)، أو أداء الخدمة العسكرية . فاذا صار الذكر قادرا على الكسب فان النفقة تسقط من على الأب لأن الولد أن تقاعس فلا يلوم الا نفسه . أما الأنثى غير المتزوجة فانها لو صارت قادرة على الكسب لا تكلف بالعمل (١) .

ونصت المادة ١٤٩ على أنه اذا كان الأب معدما أو معسرا تجب النفقة على الأم اذا كانت موسرة واذا كان الأبوان معدمين أو معسرين تجب النفقة على الجد والجدة لأب ثم الجد والجدة لأم وعند عدم وجود الأصول أو اعسارهم تجب النفقة على الأقارب (طبقا للتسلسل الذى الذى تحدده النصوص) .

واذا اشتكت الأم من عدم انفاق الأب أو تقتيره على الولد يفرض القاضى له نفقة ويأمر باعطائها لتنفق عليه (م ١٥٠ مج) (٢) .

والنفقة هى كل ما يلزم للقيام بأود شخص فى حالة احتياج من طعام وكسوة وسكن وهى تؤدى عينا فى غالب الأحوال من الأب أو الأم ، أما اذا كان الملتزم بالنفقة غيرهم فتؤدى نقدا وتدفع للولى على النفس لكن نرى من جانبنا أن تحديد هذه الوجوه الثلاثة فى المادة ١٣٥ من مجموعة ١٩٥٥ غير كاف ومخالف للنظام العام أن قصد به الحصر ، فان النفقة يجب أن تشمل على وجه معتدل الحاجات الترفيهية والتعليم والعول عند المرض . وتجهيز الأنثى عند زواجها بقدر استطاعته : هذه هى النفقة الشرعية . ويمكن أن تضاف اليها بعض الالتزامات الطبيعية كمساعدة الابن عند زواجه أو مساعدته فى بدء حياته العملية ، وقد يحول العرف بعض هذه الالتزامات الطبيعية الى التزامات مدنية .

وتسقط النفقة الواجبة على الأصول لفروعهم لتصبح واجبة على الفروع لأصولهم اذا كانوا فقراء وكان هو موسر . فتجب النفقة على

---

(١) البرديسى المرجع السابق ص ٦٣٦ .

(٢) وتطبق المادة ٢٩٣ عقوبات مصرى . ومواد قانون المرافعات ٩١٩

الولد ذكرا كان أو أنثى لوالديه وأجداده وجداته اذا كانوا فقراء وكان هو موسر «ولو كاوا قادرين على الكسب» (م ١٥١ مج) .

واذا لم يكن للولد أصول قادرون على الانفاق فان نفقته تلزم اقاربه من الحواش على الترتيب الآتى : الأخوة والأخوات لأبوين ثم لأخوة والأخوات لأب ثم الأعمام والعمات ثم الأخوال والخالات ثم أبناء الأعمام والعمات ثم أبناء الأخوال والخالات . (م ١٥٢ مج) .

واذا اتحد الأقارب الملزمون بالنفقة فى الدرجة تكون النفقة عليهم بنسبة يسار كل منهم واذا كان من تجب عليه النفقة معسرا أو غير قادر على ايفائها بتحاملها فيلزم بها أو بتكملتها من يليه بالترتيب (م١٥٣مج) .

وتقدر النفقة بقدر حاجة من يطلبها ويسار من يجب عليه أدائها . وتتغير تتبعا لتغير أحوال الطرفين (١) . واذا ثبت الشخص الملزم بالنفقة أنه لا يستطيع دفعها نقدا فللقاضى (حل المجلس الملى فى الاختصاص القضائى) أن يأمره بأن يسكن فى منزل من تجب نفقته عليه وإن يقدم له ما تحتاجه من طعام وكسوة (٢) . ونرى أن دفع النفقة نقدا اذا كان يسكن قبوله كأصل بالنسبة لباقى الأقارب من غير الأب والأم فانه لا يسكن قبوله بالنسبة لهم . فالعادة أن يسكن الأبن مع ابيه أو امه ومقترن له النفقة عينا .

ونرى أن الالتزام بالنفقة كما جاء فى هذه النصوص ليس التزاما تضامنيا ويترتب على ذلك أنه اذا سقطت عن أحد الوالدين أو عن اقارب درجة معينة وصارت واجبة على الوالد الآخر أو اقارب درجة أخرى فانه اذا قام هؤلاء بالوفاء بها فان الموفى لا يجوز له أن يرجع على الترتيب المتقدم اذا أيسر فيما بعد . أما اذا لزمت النفقة شخصا معينا وقام غيره من الأقارب اللاحقين بالوفاء بهـا باذن منه كان له الرجوع بالوكالة أو بدون اذن منه كان له أيضا الرجوع بدعوى الاثراء . ويحدث غالبا فى حالة غياب من تجب عليه النفقة . وهذه النفقة المدفوعة تظل دينا عالقا بذمة

---

(١) المواد ١٣٧ ، ١٣٨ من المجموعة ١٩٥٥ .
(٢) المادة ١٣٩ مجموعة ١٩٥٥ .

الملتزم الأصلى فان مات فان الوفاء بهذا الدين يكون من التركة ولا يسقط بالوفاة ، على العكس من ذلك لا يجوز لورثة من تقررت له النفقة المطالبة بالمتجمد منهـا فهى حق شخصى (١) .

ثالثا - حقوق الاولاد فى الرضاعة والحضانة والرقابة والولاية

١ - الرضـاعة :

الرضاعة حق للأولاد ، والأم أول من يقع عليها واجب الرضـاعة ، ووجود هذا الواجب ديانة لاشك فيه ، لكن أثير فى الفقه الاسلامى شك حول وجوده قانونا أو قضاء ، وتعددت أراء الفقهاء والائمـة فبعضهم أعفى الأم من هذا الواجب فى بعض الحالات ، ومنهم من قرر لها أجرة فى بعض الحالات على خلاف الأصـل (٢) .. واذا أردنا أن نبحث الأمر من وجهة نظر الشريعة القبطية الارثوذكسية فالذى تحقق لنا أنه لايوجد تفصيل أو حكم بشأن هذه النقطة ، ولهذا يجب أن نلجـأ الى الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامى فى هذا الصدد (٣) .

أما اذا عهد بالرضاعة الى غير الأم سواء كان بسبب امتناع الأم عن الرضاعة لسبب شرعى أو لسبب طبى من مصلحتها أو مصلحة الغير .. فان أجرة الرضاعة تعتبر من وجوه النفقة على الصغير وتجرى مجراها .

٢ - الحضانـــة :

الحضانة حق للأولاد ، وهى تكون من الولادة وحتى بلوغ الصبى تسع سنين وبلوغ الصبية احدى عشر سنة (م ١٣٤ مج) . وقد نصت المادة ١٣٢ على من يثبت لهم حضانة الصغير « الأم احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعدها وبعد الأم تكون الحضانة للجدة لأم ثم للجدة لأب الأخوات الصغير وتقدم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم البنات الأخوات بتقديم بنت الأخ لابوين ثم الأم ثم الأب ثم لبنات الأخ كذلك ثم لخالات الصغير وتقديم الخالة لأبوين ثم

---

(١) المادة ١٤٠ مجموعة ١٩٥٥ .

(٢) راجع البرديسى المرجع السابق ص ٥٧٣ .

(٣) راجع سابقا ص ٥٧ .

الخالة الأم ثم الأب ثم لعمات الصغير كذلك ثم لبنات الخالات والأخوال ثم لبنات العمات والأعمام ثم لخالة الأب ثم لعمة الأب ولعمة الأم بهذا الترتيب .. » (١) .

واذا كانت الحاضنة هى الأم فانها لا تستحق أجرة عن حضانتها حال قيام الزوجين وتستحق ان كانت مطلقة . أما الحاضنة من غير الأمهات فانها تستحق أجرة عن الحضانة . وأجرة الحضانة تدخل فى عموم النفقة على الصغير وتجرى مجراها .

اذا انتهت الحضانة يسلم الصغير الى ابيه أو عند عدمه الى من له الولاية على نفسه . والوضع الغالب أن يعيش الولد فى رعاية أمه وأبيه ولا نحس عمليا بانتهاء الحضانة وبدء ولاية الأب فالوالد والوالدة يشتركان فى رعاية الابن طالما أن الزواج قائم .

٣ ـ الولاية على النفس :

والولاية على النفس هى للأب ثم لمن يوليه بنفسه قبل موته فاذا لم يول الأب أحد فالولاية بعده للجد الصحيح ثم للأم مادامت لم تتزوج ثم للجد للأم ثم للأرشد من الأخوة والأشقاء ثم من الأخوة الأب ثم من الأخوة الأم ثم من الأعمام ثم من الأخوال ثم من ابناء الأعمام ثم من أبناء الأخوال ثم العمات ثم من أبناء الخالات فاذا لم يوجد ولى من الأشخاص المتقدم ذكرهم يعين المجلس وليا من باقى الأقارب أو غيرهم (٢) .

---

(١) ولقد نصت المادة ١٢٣ على أشخاص آخرين تنتقل اليهم الحضانة هم من الاقارب الذكور للصغير . واذا لم يوجد مستحق أهل للحضانة أو وجد وامتنع عنها يعرض الأمر على القاضى ليعين امرأة أمينة من الاقارب او من غيرهم . كما انه يجب مراعاة ما نصت عليه المادة ٦٧ من أنه اذا انقضت العلاقة الزوجية بالطلاق فالحضانة تكون للزوج الذى صدر حكم الطلاق لمصلحته .

(٢) مادة /١٥٥ من المجموعة ١٩٥٥ . وفى تطبيق هذا النص يستبدل بالمجلس / القاضى . والنص لا يلزم القاضى بأن يعين الولى من بين الأقارب فقد يفضل شخصا أجنبيا يراه أجدر برعاية مصلحة القاصر .

وتشترط مجموعة ١٩٥٥ أن يكون الولى مسيحيا ارثوذكسيا وبطبيعة الحال القاصر مسيحى ارثوذكسى ولا نرى فى هذا الحكم أية مخالفة للنظام العام • ويشترط أيضا أن يكون الولى عاقلا رشيدا غير محجور عليه ولا محكوم عليه فى جريمة ماسة بالشرف أو النزاهة •

وتشمل الولاية على النفس رعاية النفس وتقوية البدن والحفاظ على العقل وصقله بالتعليم المناسب لقدرات الشخص وميسرته أو ميسرة الملتزم بالنفقة عليه • ويتولى الولى على النفس تزويج الشخص اذا بلغ سن الزواج على النفس ليس دائما هو الولى على المال فقد يختلف شخص القائم بالولاية فى المجالين •

وتسلب الولاية فى حالات بينتها المادة ١٥٨ من مجموعة ١٩٥٥ وهى:

أولا — اذا أساء الولى معاملة القاصر اساءة تعرض صحته للخطر أو أهمل تعليمه وتربيته • ثانيا — اذا كان مبذرا متلفا مال القاصر غير أمين على حفظه (١) • ثالثا — اذا حجر على الولى أو حكم عليه فى جريمة ماسة بالشرف أو النزاهة أو اعتنق دينا غير الدين المسيحى أو مذهبا غير المذهب الارثوذكسى • رابعا — اذا أصبح غير قادر على القيام بعمله لشيخوخة أو مرض أو عاهة ويجوز أن تعاد الولاية مرة أخرى اذا زال السبب المبين فى ثالثا ورابعا • وهناك حالات أخرى لسلب الولاية نص عليها المرسوم بقانون ١١٨ لسنة ١٩٥٢ وهى تسرى بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين (٢) •

وتنتهى الولاية على النفس ببلوغ الشخص سن الرشد وهى احدى وعشرين سنة الا اذا بلغها معتوها أو مجنونا فتستمر الولاية عليه واذا بلغ عاقلا ثم عته أو جن عادت عليه الولاية مرة أخرى •

---

(١) نشير الى أن هذه المادة وحدت بين الولاية على النفس والولاية على المال •

(٢) توفيق فرج المرجع السابق ص ٩٩١ — وراجع شرحا لها فى البرديسى المرجع السابق ص ٦١٠ •

وفى ختام بحث حقوق الأولاد ننبه الى أن قانون المرافعات اتى ببعض القواعد الاجرائية فيجب مراعاتها وهى على وجه الخصوص المواد ٩٠٥ وما بعدها الى ٩٢٣ (١) .

٤ - الرقـابة :

الولاية على النفس تشمل الرقابة ، فيجب على الولى أن يبذل ما يبذله الرجل العـادى فى رقابة الصغير حتى لا يصيب نفسه بضرر أو يصيب غيره أو يصيبه الغير . وقد يتحمل تولى الرقابة المسئولية المدنية أو الجنائية بسبب اضرار تصيب القاصر أو تصيب الغير (٢) .

واذا رجعنا الى القانون المدنى نجد أن المادة ١٧٣ فقرة ثانية تنص « يعتبر القاصر فى حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمس عشرة سنة » أما اذا بلغها فان ظل يعيش فى كنف القائم على تربيته فهو يعتبر محتاجا الى الرقابة ويظل واجب الرقابة على عاتق الولى اما أن بلغها وانفصل فى معيشته عن الولى عن النفس فلا يعتبر فى حاجة الى الرقابة قانونا . فقد يتزوج القاصر ويعيش فى مسكن ومعيشة مستقلة ، وقد يعهد اليه بادارة امواله كلها أو بعضها وقد يرخص له بمزاولة تجارة .. وطبقا لنص المادة ١٧٣ تنتقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها أو الى من يتولى الرقابة على الزوج . وتنتقل بصفة مؤقتة الى المعلم فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة فى الفترة التى يكون منها القاصر تحت اشراف المعلم أو المشرف .

٥ - الولاية على المال :

الولاية على المال هى أيضا من حقوق الأولاد فيجب أن يوجد من يرعى مصالح القاصر المادية : يتعين ولى المال ، والولاية على المال نظمتها قوانين موحدة وهى للأب ثم وصية بعد وفاته فان لم يعين وصى تكون الولاية للجد فان لم يوجد فعلى القاصر أن يعين الولى .

---

(١) قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٥ والقوانين المعدلة له .

(٢) نحيل الى مؤلفات النظرية العامة للالتزام للوقوف على تفاصيل المسئولية لمتولى الرقابة .

المبحث الثانى

أولاد التبنى

أولاد التبنى ليسوا أولادا أتو من زيجة شرعية ، ولكن قد يكونوا ثمرة اختلاط غير شرعى ويفضل الشخص بدلا من الاقرار بالبنوة لهم تبنيهم . وليسوا دائما أولادا مجهولين النسب بل أن نسبهم قد يكون معروف . والتبنى يجعل الشخص فى بعض الحالات مزدوج النسب فهو أى المتبنى يلقب بلقب المتبنى وذلك باضافة اللقب الى اسمه الأصلى [١] دون أن يخرج المتبنى من عائلته الأصلية ولا يحرم من حقوقه منها (م ١١٤ ، ١١٥ مج) [٢] .

وأهم مايفرق بين أولاد الزيجة أو النسب وأولاد التبنى ففضلا عن أنه يوجد بين الأخوة من الزيجة مانع زواج ولا يوجد بين الأخوة بالتبنى ، فان الابن والأب بالنسب يرث بعضهم البعض أما الابن والأب بالتبنى فلا أرث بينهم وانما تجوز الوصية [٣] .

أما عن جوانبه الأخرى فان التبنى يجعل للمتبنى وحده حق تأديب المتبنى وتربيته وحق الموافقة على زواجه ان كان قاصرا . ويجب على المتبنى نفقة المتبنى ان كان فقيرا كان أنه يجب على المتبنى نفقة المتبنى الفقير . (م ١١٥ ، ١١٦) . ويجب على المتبنى الخضوع والاكرام كخضوع الابن الطبيعى لوالديه وطاعته واكرامه لهما [٤] .

ويشترط لصحة التبنى عدة شروط هى : أولا — أن يصغر المتبنى المتبنى بخمسة عشرة سنة ميلادية على الأقل ، ويجوز بعد ذلك أن يكون ذكرا أو انثى بالغا أو قاصرا .

---

(١) أما فى الشريعة الاسلامية فانه لا يجوز أن يحمل المتبنى اسم المتبنى ولقبه لقوله تعالى « ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين أو مواليكم » ، بل أن التبنى لا يجوز فى الشريعة الاسلامية عامة .

(٢) وليس الأمر كذلك بالنسبة للرضاعة رغم أن الرضاعة تولد قرابة وضعية مانعة من الزواج ، فلا يحمل الرضيع لقب الأب من الرضاعة .

(٣) المواد ١١٧ ، ١١٨ مجموعة ١٩٥٥ .

(٤) الخلاصة القانونية المسألة السابعة والثلاثون رقم ١٣٧ . ويشترك معه فى هذا ابن الرضاعة أيضا .

ثانيا — يجب أن توجد أسباب تبرر التبنى ويجب أن تعود منه فائدة على المتبنى .

ثالثا — لا يجوز التبنى الا برضا الوالدين الأصليين للمتبنى فاذا كان أحدهما متوفيا أو غير قادر على ابداء رأيه فيكفى قبول الآخر واذا كان قد صدر حكم بالطلاق فيكفى قبول من صدر الحكم لمصلحته أو عهد اليه بحضانة الولد منهما . اما اذا كان القاصر قد فقد والديه أو كان الوالدان غير قادرين على ابداء رأيهما فيجب الحصول على قبول وليه وكذلك يكون الحكم اذا كان القاصر ولدا غير شرعى لما يقر أحد ببنوته أو توفى والده أو أصبحا غير قادرين على ابداء رأيهما بعد الاقرار ببنوته .

رابعا — اذا كان التبنى حاصلا من أحد الزوجين فيجب أن يتم رضا الزواج الآخر ما لم يكن هذا غير قادر على ابداء رأيه .

خامسا — يشترط فى المتبنى أن يكون تجاوز سن الاربعين والا يكون له أولاد ولا فروع شرعيون وقت التبنى وان يكون حسن السمعة .

سادسا — لا يجوز تبنى أكثر من شخص الا اذا كان التبنى حاصلا من زوجين (١) .

سابعا — يجب أن تكون شريعة المتبنى والمتبنى تجيز التبنى .

ثامنا — لا تجتمع البنوة الشرعية مع التبنى لصالح شخص واحد .

ويقع التبنى بعقد رسمى يحرره الكاهن (٢) والمقصود كاهن الجهة التى تقيم فيها راغب التبنى ويثبت به حضور الطرفين وقبولهما التبنى امامه فاذا كان الولد المراد تبنيه قاصرا قام والده أو وليه مقامه . وعلى

---

(١) نصت على هذه الشروط المواد ١٠٦ الى ١١١ من مجموعة ١٩٥٥ .

(٢) مادة ١١٢ ، وهذا النص واضح فى أن استخدام كلمة «رسمى» لا تعنى بالضرورة تحرير العقد أمام موثق فواضعى هذا النص يصفون العقد بانه رسمى اذا صدره الكاهن مع ان الكاهن ليس موظفا عاما مختص .

الكاهن أن يرفع الى القاضى للتصديق عليه بعد التحقيق من توافر الشروط التى يتطلبها القانون ويجوز استئناف الحكم برفض التصديق ثم يسجل .

ونظام التبنى ليس فى جملته ليس مخالفا للنظام العام (١) ، حيث يمكن مع الاعتراف بشرعيته تقييد أو تحديد أثاره بما لا يخالف النظام العام ، ولقد سبق لنا أن استبعدنا قرابة التبنى كمانع من موانع الزواج (٢) .

---

(١) ونسوق ديلا من ان المشرع المصرى قد اقر التبنى بالنسبة للاجانب اذا كان قانون بلد الشخص الذى يريد التبنى وقانون بلد الشخص المراد تبنيه يجيزان التبنى . ونظم طريق اثبات التبنى فى قانون المرافعات (المواد ٩١١ وما بعدها) . صحيح أن فكرة النظام العام يمكن أن يختلف تطبيقها عندما يراد بها استبعاد قانون اجنبى أو شريعة دينية وذلك راجع الى اختلاف مركز الأجانب عن مركز الوطنيين، فعلاقات الأجانب لاتعد جزء من النظام الاجتماعى تؤثر فيه وتتأثر به بنفس القدر .

(٢) راجع سابقا ص ٩٧ .

الباب الرابع

انهاء الزواج الصحيح

تستعمل مجموعة ١٩٥٥ لفظ فسخ وقد رغبنا في بادىء الأمر مسايرة هذه المجموعة ، ولكن وجدنا أن كلمة فسخ تجاوز المعنى فالفسخ كما نفهمه من أحكام القانون المدنى يكون لاخلال أحد العاقدين بالتزاماته كما أنه يؤدى الى انحلال العقد بأثر رجعى . وليس الأمر هو نفسه بالنسبة للزواج حيث لا ينحل أى لا يزال بأثر رجعى لأى سبب فالزواج الصحيح أن فسخ فان أثاره التى انتجها فى الماضى لا تمس ، بل أن بعد فسخه تظل بعض الآثار الراجعة الى الحالة السابقة، فاذا فسخ الزواج بالوفاة فهناك الأرث واذا فسخ بالطلاق فهناك النفقة للمطلقة وهناك قرابة المصاهرة التى تكون مانع زواج بالنسبة للزواج الثاني للزوج أو للزوجة .

من ناحية أخرى ليست أسباب فسخ الزواج هى اخلال أحد العاقدين بالتزاماته ، وانما أسباب بعيدة فى غالبيتها عن هذا المعنى منها ما هو طبيعى كالوفاة فلا يتصور أن يقوم زواج من طرف واحد ، ومنها ماهو يجعل التفريق ضرورة شرعية لمرض يلم بأحدهما أو خطيئة يقع فيها أحدهما أو الضرر الذى يصيب أحدهما من سوء معاشرة الآخر .. هذا التفريق هو انهاء للزواج بالنسبة للمستقبل . والوفاة لا تختلف فى شأنها جميع الشرائع أو القوانين ، باعتبارها سببا منهيا للزواج وتثير القليل من النقاط ، أما الانهاء فهو الذى يثير الكثير ، من حيث مبدأ شرعيته هل يجوز التفريق أو لا يجوز أثناء حياة الزوجين ، واذا كان يجوز فما هى الأسباب ، واذا حددنا الأسباب فكيف يتم ، وهنا نسجل أن الانهاء الارادى لا وجود له فى الشريعة المسيحية (١) وان الانهاء

---

(١) بينما يعد الانهاء الارادى من جانب الزوج من الأحكام الأساسية فى الشريعة الاسلامية . وقد تملكه الزوجة اذا اشترطت فى عقد الزواج ان العصمة بيدها ، او اذا صدر لها تفويض من الزوج بايقاع الطلاق .

انما يقع بحكم من القاضى بناء على طلب يرفعه أحد الزوجين . فلايجوز الاتفاق على انهاء الزواج (١) . والتفريق بأمر القاضى بناء على الموجب الشرعى يسمى بالتطليق (٢) .

ونقسم هذا الباب الى فصلين ، الفصل الأول أسباب التطليق والفصل الثانى : لأحكام التطليق وآثاره .

ثم نأتى بتذييل لهذا الباب نخصصه للوفاة .

الفصل الأول

اسباب التطليق

الأصل عدم جواز التطليق

الأصل فى المسيحية أن الزواج مؤبد لا ينتهى الا بالوفاة ، باعتبار أن الزيجة (أى الزواج) سر من اسرار الكنيسة قد وضعه السيد المسيح فى كنيسة المقدسة لنظام الهيئة الاجتماعية وثبت دعامته بقوله فما جمعه الله لا يفرقه انسان (مت ١٩ : ٦) فالساعى فى فصم عراه يعد من أكبر المضادين لشريعة الكمال » (٣) .

وهذا الأصل الذى جاءت به المسيحية يخالف الشريعة الموسوية . ولقد جاء جماعة الفريسيين (وهم فرق من اليهود كانت تحافظ جيدا على معنى الناموس الحرفى وخصوصا التقاليد) الى السيد المسيح . قائلين له هل يحل للرجل أن يطلق امرأته لكل سبب فأجاب وقال لهم : أما قرأتم ان الذى خلق من البدء خلقهما ذكرا وانثى وقال من أجل هذا يترك أباه وامه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسدا واحدا . اذا ليسا بعد اثنين بل جسد واحد فالذى جمعه الله لا يفرقه انسان . قالوا فلماذا أوصى موسى أن يعطى كتاب طلاق فتطلق . قال لهم ان

---

(١) أما فى الشريعة الاسلامية فيجوز اتفاق المراة مع الرجل على الطلاق (بارادة الرجل) نظير مبلغ معين وهذا ما يسمى بالخلع .

(٢) استعملت مجموعة ١٩٥٥ لفظ الطلاق ، ومع ذلك يفضل الفقه لفظ التطليق ، وهو الفرقة بحكم القاضى أما الطلاق فهو الفرقة بارادة الزوج .

(٣) تذييل الباب الرابع والعشرون من المجموع الصفوى ص ٢٥٤ .

موسى من أجل قساوة قلوبكم اذن أن تطلقوا نساءكم ولكن من البدء لم يكن هكذا » (١) •

ان هذا الأصل المسيحى الذى سمى بالزواج الى مرتبة اسرار الكنسية لم يتجاوز عن أكبر الفواحش وهى الزنا وزنا الزوجة بصفة خاصة لأن الزنا يمس طهارة الزواج بل يمس كل المعانى • ولذلك ابيح من البدء أيضا الطلاق لعلة الزنى واعتبر الزنا السبب الوحيد الذى يجيز فصم عرى الزوجية قال السيد المسيح « ان من طلق امرأته الا لعلة الزنى يجعلها تزنى ومن يتزوج مطلقة فانه يزنى (مت : ٣١ و ٣٢)(١)•

ومن المذاهب المسيحية من ظلت محافظة على هذا الأصل وعلى حدود هذا الاستثناء كالانجليليين (٢) • بل ان بعضها لم يعمل الاستثناء وشد فى تطبيق الأصل كالكاثوليك (٣) الشرقيين • على العكس لم تحافظ طوائف المذهب الارثوذكسى على حدود هذا الاستثناء بل توسعت فيه كثيرا وهنا يقع التعارض بين مصادر الشريعة القبطية الانجيل من ناحية الذى لا يبيح التطليق الا لعلة الزنا والمصادر الأخرى الذى تقسمت على مراحل زمنية مختلفة ، وجميعها بلا شك لا تصل فى قدسيتها الى الانجيل (٤) ، ولقد تردد بعض القضاء (٥) فى أمر هذا التعارض ففى فترة استمسك بالانجيل وحده وفى فترة لاحقة اعتمد بما جاء فى المصادر الأخرى غير الانجيل • وهذا الموقف الأخير هو الرأى السائد فى القضاء والفقه عموما •

---

(١) التذييل المشار اليه ص ١٥٨ .

(٢) وان كانوا اضافوا اليه الخروج عن الدين المسيحى ، ولكن كما علمنا ان هذا لا يعمل به فى ظل قواعد الاسناد التى وضعها قانون ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ حيث ستصبح الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق على دعوى التطليق المرفوعة من احداهما بناء على هذا السبب ، والشريعة الاسلامية لا تسمح بالتطليق الا اذا كان الأمر متعلقا باسلام الزوجة .

(٣) وان كانوا بالنسبة للزواج غير المدخول فيه أجازوا التطليق لبعض الأسباب الأخرى .

(٤) راجع سابقا ص ٦٩ هامش ٢ .

(٥) محكمة استئناف الاسكندرية فى القضية رقم ٤٩ • ٥٠ من سنة ١٢ ق تتمسك بالانجيل ولا تحكم بالطلاق الا للزنا ، ثم ترجع المحكمة فى أحكامها التالية عن هذا الموقف وتحكم بالطلاق لأسباب وردت فى غير الانجيل ولا تمت لعلة الزنا بصلة ، مطبقة مصادر الشريعة الأخرى مثال القضية رقم ٥٩ سنة ١٢ ق . صالح حنفى — المرجع فى قضاء الاحوال الشخصية ص ٤٥٣ ، ص ٤٥٤ .

ومع ذلك فيجب أن يكون واضحا أن أسباب التطليق التى لاسندنها فى الانجيل جاءت عند الارثوذكس عامة والأقباط خاصة محددة على سبيل الحصر ، فلابد من التمسك بحرفيتها ولا يجوز القياس عليها . ومن الطبيعى أن تكون الأسباب غير مطنقة اللفظ وانما سنجدها محددة بعدة شروط يجب مراعاتها .

واذا أردنا أن نقسم أسباب التطليق التى جاءت بها مجموعة ١٩٥٥ والمصادر الشرعية السابقة فنرى أن بعضها يجعل التطليق جزاء مدنى وشرعى يوقع على أحد الزوجين مرتكب اثما محددا دينى وأحيانا مدنى، وبعضها يجعل التطليق علاجا لحالة زواج غير مؤت ثماره .

المبحث الأول

آثام أحد الزوجين التى تبرر للآخر طلب التطليق

فضلنا استعمال لفظ آثام بدلا من لفظ خطأ لما يرتبط بالأخير من مدلول قانونى بينما نرى أن لفظ الآثام يتسع للأخطاء القانونية وللأخطاء الدينية ونحن اذ نطبق الشريعة الدينية فلا يجب استبعاد هذه الأخطاء الدينية ولو لم يتوافر فيها عناصر الخطأ المدنى كشرب الخمر مثلا . ويمكن أن نعدد تلك الآثام التى أتت بها مصادر الشرعية القبطية فى : الزنا والحكم بعقوبة ، التدبير على الاعتداء على الحياة، وسوء السلوك .

أولا ــ الزنا وما يستلزم الزنا

١ ــ الزنا :

تنص المادة ٤٨ من المجموعة « يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعلة الزنا » والزنا فى تطبيق هذا النص على ما نرى هو كل اتصال جنسى بين أحد الزوجين وشخص أجنبى غير الزوج الآخر . فالزنا كسبب للتطليق لا يشترط فيه أن يقع فى بيت الزوجين ولايشترط أن يضبط الزوج الزانى فى حالة تلبس (١) ، كما أنه لا يجوز حصر ادلة

---

(١) فلا يجوز التمسك بالشروط الواردة فى المادة ١٧٣ عقوبات بخصوص زنا الزوج ولا يجوز التمسك بما جاء فى المادة ٢٧٦ عقوبات بخصوص زنا الزوجة .

اثبات الزنى بالادلة التى نصت عليها المادة ٢٧٦ عقوبات مصرى • كما أن عدم تقديم شكوى بخصوص الجريمة الجنائية لا يسقط الحق فى طلب التطليق •

والزنا كسبب للتطليق يقع من أحد الزوجين ، فزنا الخطيبة ليس سببا للتطليق ؛ ومع ذلك فاذا تم الزواج ودخل الزوج بزوجته وانكشف وثبت لديه ذلك الزنا السابق فانه يستطيع أن يطلب ابطال العقد بسبب الغش فى البكارة • ومن المحقق أن كل زنا يؤدى الى تهتك غشاء البكارة وليس كل تهتك الغشاء البكارة دليل على الزنا ، ومن هنا تنبه الفقه الى هذه الحقيقة الطبية • « ولا يجب على الرجل التسرع فى مسألة الحكم على من تزوج بها اذا دخل بها ووجدها ثيبا بل يحق له فى هذه الحالة أن يستدعى الطبيب الشرعى للفحص لأن غشاء البكارة يزول أما من مرض أو سقطة فيتمزق الغشاء الذى يعلق عليه الكثير أهمية كبرى بينما المرأة تكون طاهرة من كل وصمة عار » (١) •

ويتبقى نقطتين يبدوا أن الرأى قابل للانقسام حولهما ، النقطة الأولى وهى هل يشترط لقبول دعوى التطليق أن يكون رافعها غير واقع فى نفس الاثم ؟ أنه لا يمكن فى نظرنا التسليم بهذا الرأى لمخالفته روح الشريعة فاذا كان أثم أحدهما مبررا لحل رباط الزوجية فهل يكون اثمهما مبررا لبقاء الزوجية ، زوجية كلها خيانة من الطرفين كلها نجس ورجس •• ولا محل لقياس دعوى التطليق على الدعوى الجنائية (٢)•

والنقطة الثانية هل يكون للزوجة أن تطلب التطليق لزنا زوجها ، أم ان زنى الزوجة وحده هو الذى يبرر التطليق ؟ ليس فى نص مجموعة ١٩٥٥ ما يسمح بالتفرقة بين زنى الزوج (٣) وزنى الزوجة •

---

(١) المجموع الصفوى ص ٢٦٠ .

(٢) تنص المادة ٢٧٣ عقوبات لا يجوز محاكمة الزانية الا بناء على دعوى زوجها الا أنه اذا زنى الزوج فى المسكن فيه مع زوجته كالمبين فى المادة ٢٧٧ لا تسمع دعواه عليها .

(٣) وبذلك يكون هذا النص حسم على ما يبدو انقساما فى الرأى ثار فى الفقه الشرعى حول هذه النقطة فقد ذكر صاحب شرح المجموع الصفوى فى تذييله على الباب الرابع والعشرون أن فريقا سوى بين زنى

=

٢ - ما يستلزم زنا المرأة :

لم يقتصر المجموع الصفوى على الزنا التام كمبرر للتطليق بل اعتبر كل سلوك يمكن أن يؤدى الى الوقوع فى هذا الاثم وكل قذف به غير صادق يكون مبررا للتطليق ان لم يرجع صاحبه عنه ومثال ذلك من المرأة « ان شربت المرأة بغير رأى زوجها حال مع رجال أو استحمت أو مضت الى مواضع الصيد والجموع وزوجها مانع من ذلك أو باتت خارج المنزل الا اذا كان مبيتها فى بيت والديها أو ان لم يكن أب وكان هو السبب فى بيتها خارجا » (١) . ومثال ذلك من الرجال « ان دبر على عفتها وسلمها لمن يفجر بها » وان شهد عليه انه يثبت عليها الفجور فلم يمكنه أن يقيم البرهان على ذلك فقد اتجه لها من هذه العلل أن تفارقه » (٢) وجاء فى الخلاصة من أسباب التطليق « اذا تحيل الرجل على افساد عفة زوجته بأى سبب كان كأن يعرضها للفساد لأى امرء كان وبأية وسيلة كانت » (٣) وجاء بالنسبة لسلوك المرأة أنها « اذا تمادت المرأة على اجراء ما يستلزم افساد عفتها كما اذا سكرت أو سعت الملاهى مع رجال أجانب أو ترددت الى أماكن اللهو بدون اذن الرجل أو ما يجرى مجرى ذلك مما يشين عرضها ويعرضها لخطر الفساد ولم تنته ولم تتب واستمرت بعد نصحها وتوبيخها وردعها من الرئيس

=

الزوج وزنى الزوجة بحجة أن « ما يحرمه الانسان على غيره لا يصح أن يستحله لنفسه فكما انه لا يرغب ولا يبيح للمراة ان تزنى فكذلك لايباح له أن يأتى هذا الاثم وكما أنه يطلق زوجته اذا زنت فكذلك هى تطلقه اذا زنى . وهذا هو الصواب اذا نشرت المساواة رايتها على ربوع العدالة» غير ان الفريق الاكبر كان يحكم بأن زنا المراة وحده هو الموجب لطلاقها نظرا لمضاره الاجتماعية الخطره او « انه بزناها لا يعرف النسل انه كان من الزوج او من غيره .. (وبزناها) يتحول الميراث وتفسد الحقوق الأبوية هذا ان البكر بزناها تفسد بكوريتها بخلاف الرجل .. »ص ٢٦٠ ، ٢٦١ . ويشير صاحب التذييل الى أن رأى عدم المساواة بين زنى الرجل وزنى المراة لم يقتصر على الشرعيين بل ايضا عند الوضعيين فقانون العقوبات المصرى جعل قتل الزوج لزوجته التى فاجأها حال تلبسها بالزنى فقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها بعقوبة مرتكب جنحة بينما لا يوجد نص مماثل لقتل الزوجة لزوجها اذا وجد فى حالة تلبس . ونلاحظ أيضا ان قانون العقوبات لا يعتبر زنا الرجل جريمة الا اذا كان فى منزل الزوجية .

(١) المجموع الصفوى الباب الرابع والعشرون رقم ١٣٢ ، ١٣٥ .

(٢) الخلاصة القانونية المسالة الخامسة والعشرون رقم ٧٨ ، ٧٩ .

ثلاث مرات مواظبة على قباحتها يكون ذلك موجبا لفراقها من الرجل وتفسخ زيجتهـا » .

٢ ـ ما يستلزم زنا الرجل :

جاء فى المجموع الصفوى « وان وجد الرجل مع امرأة أخرى فى المنزل الذى ساكن فيه مع زوجته أو كان فى المدينة يخالط امرأة أخرى ووبخ بأنه قد بات معها دفعـات وشكى بهذا على السن والديه والذى الحرمة أو قوم آخرين من ثقات الشهود فلم يقلـع عن الافك فيحل التزويج » (١) .

ثانيا ـ التدبير على حياة احد الزوجين أو ايذائه وشبهه التواطؤ

تنص المادة ٥٣ من مجموعة ١٩٥٥ « اذا اعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر أو اعتاد ايذاءه ايذاء جسيما يعرض صحته للخطر ، جاز للزوج المجنى عليه أن يطلب الطلاق » .

وفى تطبيق هذا النص يجب أن نفترض أن الاعتداء على الحياة لم يكتمل والا كانت الوفاة وكان فسـخ الزواج بالوفاة وليس بالتطليق فالنص يقصـد أولا كل مشروع فى القتل وكل تدبير على ذلك انكشف فى المهد قام به أحد الزوجين ، فبعد أن تصل الخيـانة الى هذا الحد لا محل لاجبار الزوج بالبقاء مع خائنة ، ومع ذلك فالأمر جوازى له ولا يقبل طلب التطليق من الخائن .

وتوسع النص أيضا فأجاز طلب التطليق من أحد الزوجين اذا اعتاد الآخر ايذاء ايذاء جسيما يعرض صحته للخطر ، فيشترط أن يكون الايذاء جسيما ويعتبر جسـيما اذا كان يعرض الصحة للخطر والأمر متروك لتقدير القاضى كما أن تقدير توافر صفة الايذاء فى بعض الأفعال متروك أيضا لتقدير القاضي ، وهنا نرى أنه لا يجوز التوسع فى هذا التقدير لأن الحياة الزوجية تتطلب أن يصبر كل من الزوجين على شر الآخر ما طاق له الصبر كما أن الايذاء لا يكون كذلك الا اذا تم بسوء نية . كما أنه يلاحظ أن النص لم يحدد طبيعة الايذاء ووسائله فقد يكون ايذاء ماديا جسمانيا محسوساً (ويخرج من هذا التأديب الشرعى) وقد يكون ايذاء معنويا (٢) .

---

(١) الخلاصة القانونية المسألة الخامسة والعشرون رقم ٧٨ ، ٧٩ .

(٢) توفيق فرج المرجع السابق ص ٩٠٠ .

واضاف المجموع الصفوى والخلاصة القانونية ان علم أحد الزوجين أن آخرين يسعون على الاضرار بحيوة الآخر فيكتمه ولم يظهر القرينه يكون اذا ما انكشف الأمر سببا مبررا لفسخ الزواج (١).

ثالثا - سوء السلوك وتصدع الحياة الزوجية

جاء بمجموعة ١٩٣٨ نصين يتناول أحدهما سوء السلوك الشخصى بصفة عامة ويتناول الثانى سوء السلوك المضر بالنظام الزوجى . فالمادة ٥٦ تنص « اذا ساء سلوك أحد الزوجين وفسدت أخلاقه وانغمس فى حمأة الرذيلة ولم يجد فى اصلاحه توبيخ الرئيس الدينى ونصائحه فللزوج الآخر أن يطلب الطلاق » أما المادة ٥٧ فنصها كالآتى « يجوز أيضا طلب الطلاق اذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر واخل بواجباته نحوه اخلالا جسيما مما أدى الى استحكام النفور بينهما وانتهى الأمر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة ثلاثة سنين متوالية » .

ولا يوجد مقابل لهذه النصوص فى مجموعة ١٩٥٥ : ولكن الفقه والقضاء فى معظمه يرى أنه ليس لمجموعة ١٩٥٥ حجة شرعية تعلو مجموعة ١٩٣٨ وبالتالى فان مجموعة ١٩٣٨ يمكن الرجوع اليها لاستخلاص بعض الأحكام الشرعية خاصة ما اتفق مع روح الشريعة ومع المصادر الفقهية القبطية .

والتطليق بسبب تصدع الحياة الزوجية يتطلب أن يصبح استمرار الحياة الزوجية مستحيلة يدل على ذلك استعمال عبارة « استحكام النفور » والنص صريح فى أن استحكام النفور يرجع الى اساءة أحد الزوجين معاشرة الآخر (٢) . واخلاله بواجباته نحوه ونرى انه يستوى

---

(١) المجموع الصفوى - الباب الرابع والعشرون رقم ١٢٣ والخلاصة القانونية رقم ٨٠ .

(٢) ونرى أنه يدخل فى ذلك الاعتياد على الايذاء . ومع ذلك فان سبب « الاعتياد على الايذاء » السابق شرحه مستقل عن سبب « تصدع الحياة الزوجية » ولا يلزم بالنسبة له ما يلزم بالنسبة تصدع الحياة من شروط أخرى . فان الاعتاد على الايذاء كاف لطلب التطليق ولو لو تصبح الحياة مستحيلة ولو لم تحصل فرقة بين الزوجين .

أن تكون مالية أو غير مالية والاخلال يجب أن يكون جسيما ، ولكن هذا يستفاد قطعا من استحكام النفور المقترن بالفرقة .

ونرى أن عبارة النص التى تجرى بقوله « اذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر » تفترض أن أحد الزوجين برىء . وفى هذه الحالة لا يقبل طلب التطليق الا من البرىء وهذا أمر بديهى لا يحتاج الى تعليل .

أما اذا كان كل من الزوجين قد اشتركا بخطئه فى تصدع الحياة الزوجية ، نرى من جانبنا رفض طلب التطليق اذا رفع من أحدهما . فاشتراط براءة أحد الزوجين يوجبه النص كما رأينا ، كما أن اشتراط البراءة سيشجع الزوج على مقابلة الاساءة بالحسنة ، وقد ينجح هذا الزوج حسن الخلق فى علاج زوجه الآخر وقد يعدله عن مسلكه الظالم وتعوا الألفة . ومع ذلك يعتد القضاء بالخطأ المشترك (١) .

والنص صريح أيضا فى أنه يشترط للقضاء بالتطليق أن تكون هناك فرقة حادثة الزوجين لمدة ثلاث سنين على الأقل (٢) . ونرى أن دعوى التطليق يجب أن تتصل بالفرقة . كما أن مدة الفرقة يجب أن تكون متوالية فان تخللتها فترات صلح فلا يقضى بالتطليق لأن ذلك يدل على أن الحياة الزوجية لم تصبح مستحيلة (٣) . ونرى أن الفرقة لمدة ثلاث سنين قرينة على استحكام النفور وأحيانا سببا له ولكن ليست قاطعة فقد يتبين للقاضى مع ذلك عدم تحقق ذلك . ولم يحدد النص معنى

---

(١) توفيق فرق المرجع السابق ص ٩٢٦ . واستئناف الاسكندرية جلسة ٥٦/١٢/٢٧ القضية سنة ١١ صالح حنفى المرجع السابق رقم ٥٩٨ .

(٢) ومع ذلك فان بعض المحاكم لم تستلزم هذه المادة واكتفت بثبوت تصدع الحياة وانقطاع امل من عودة الوئام استئناف الإسكندرية السابق الاشارة اليه . ولكنها فى حكم لاحق استلزمت الفرقة لثلاث سنين القضية رقم ٥٩ سنة ١٢ ق . وفى نفس هذا الرأى استئناف القاهرة فى القضيتين رقم ٦١ ، ١١٨ سنة ٧٣ ق صالح حنفى رقم ٥٩٤ ، ٥٩٦ .

(٣) توفيق فرج المرجع السابق ص ٩١٩ .

الفرقة ولذلك يجب أن تنصرف فى نظر البعض « الى المعنى المألوف بأن تكون طعاما وفراشا ومسكنا فى آن واحد فلو كانت الفرقة فراشا فقط مع اختلاط الزوجين طعاما ومسكنا ما أمكن طلب التطليق » (١) ، ومن جانبنا نرى أنه الفرقة فى الفراش تكفى أن وقع عن سوء نية واستمر لنفس المدة فهذا الهجر هو اخلال بواجبات الزواج يؤدى الى استحكام النفور فعلا ، هذا فضلا عن انه لا جبر فى الفراش فليس أقل من اعتباره سببا للتطليق .

ومجموعة ١٩٣٨ فى اعتبارها تصدع الحياة الزوجية سببا من أسباب التفريق تستند الى نصوص المجموع الصفوى وقوانين نيقية والخلاصة القانونية (٢) .

واذا كان التطليق لهذا السبب وللأسباب المذكورة فى هذا المبحث هو فى معنى الجزاء ، فيجب الا يفوت علينا أنه ربما يكون الزوج سىء السلوك يسعى الى الافتراق عن شريكه ولا يرى فى الطلاق جزاء بقدر ما هو نعمة له ، ونرى أنه اذا كان من الحق ألا يجبر الزوج الآخر على معاشرة مثل هذا الشخص ، فانه يجب أن نفوت على الزوج سىء السلوك

---

(١) توفيق فرج ص ٩٢٠ .

(٢) وبتحليل النصوص الواردة نحدد النقاط الآتية :

١ – أنه لا يقضى بالتفريق الا اذا بذلت محاولة توفيق بين الزوجين يقوم بها القسيس الكبير ثم الاسقف . ونرى أنه يجب مراعاة هذا فى قضائنا وان لم تأت الاشارة اليه فى نص مجموعة ١٩٣٨ .

٢ – يجب على القضاء عدم التسرع فى اجابة الطالب الى طلبه فيجب أن يكون الزوج طالب التفريق قد بذل الصبر والرفق بزوجته لعودة الحياة معها .

٣ – يجب أن يكون طالب التطليق غير ظالم وفى هذا جاء فى قانون رقم ٥٥ نيقية ما يلى « فان عرف من حالة أنه ظالم لها وباغض فيها وانما يطلب اقامة الشرور معها ليفارقها فلا يقبل منه ذلك » وجاء فى الخلاصة القانونية انه « اذا كان الخلاف واقعا من الفريقين معا ويرى الرئيس انهما مشتركان فى التعدى فليؤديها الأب الروحى حتى يتوبا وينصلح أمرهما » .

٤ – يجب أن تحدث فرقة بسبب خلاف الزوجين لمدة ثلاث سنين .

٥ – الفرقة وحدها ليست بكافية وانما يجب أن يترجح بالنظر الدقيق انه لا وسيلة لاتزاحهما ثانية – المرجع – الخلاصة القانونية المسألة الخامسة والعشرون السبب العاشر رقم ٨٧ ، ٨٨ ٨٩ . وقانون ٥٥ نيقية ، المجموع الصفوى الباب الرابع والعشرون رقم ١٣٤ .

غرضه وذلك بأن نقضى فى الحكم بأن نقضى فى الحكم بالتطليق بحرمانه من الزواج ثانيـــة (١) .

المبحث الثانى

الغيبة ـ المرض ـ الرهبنة

نعالج فى هذا المبحث بعض الأسباب التى تجيز فى الشريعة القبطية التطليق ولكن القصد من التطليق هو انهاء زيجة يثبت فى اقتناع القاضى أنها غير محققة مقاصدها أو أن فى بقائها مشقة كبيرة على أحد الزوجين ، دون حاجة الى تأثيم احدهما . ونجمل هذه الأسباب فى : الغيبة ـ المرض ـ الرهبنة .

أولا ـ الغيبة

بالرجوع الى نصـــوص مجموعة ١٩٥٥ يمكن أن يميز بين الغيبـــة البسيطة والفقد وبين الغيبة الاختيارية والغيبة الاجبارية . والغيبة البسيطة الاختيارية لا تجيز طلب التطليق ، أما الفقد والغيبة الاجبارية لقضاء عقـوبة مقيـــدة للحرية فهما يجيزان التطليق ، ويستــوى أن يكـــون الأمر يتعلق بالزوج أو الزوجة .

وبخصوص الفقد فان المادة ٥٠ من مجموعة ١٩٥٥ تنص « اذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متتالية بحيث لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من وفاته وصدر حكم باثبات غيبته جاز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق » . فشرط الفقد أن يكون حال الغائب غير معلوم من حيث حياته أووفاته واشترط النص أن يستمر الفقد مدة خمس سنوات متتالية ، ونرى أنه يجب ألا يحسب فى هذه المدة فترة الغياب البسيطة السابقة على الجهالة بحالة . واستلزم النص أن يصدر حكما باثبات الفقد . وطلب التطليق جوازى للزوج الآخر ولكن نرى أنه لا يحق لهذا الزوج طلب التطليق اذا عاد الزوج المفقود قبل القضاء نهائيا فى الدعوى .

---

(١) راجع سابقا ص ١٠٤ . وهنا تبدوا فائدة الحكم الذى اعترض على فقهاء كثيرين . بدعوى أنه مخالف للنظام العام .

وجاء بالخلاصة القانونية اعتبار الفقد أيضا من أسباب التطليق فقد ورد « اذا غاب أحد الزوجين عن وطنه بالأسر أو بغيره بحيث لايعلم مقره ولا حياته من عدمها واستمر أمره هكذا مجهولا من خمس سنوات الى سبع سنوات ولم يحتمل قرينة الانتظار أكثر من ذلك ورغب بعد هذه المدة التصريح له بالزواج يجاب الى ذلك (١) بشرط أن يتحقق لدى الرئيس الشرعى غياب الزوج الآخر سبع سنين أو أقله خمس ولم يظهر له خبر كل هذه المدة ، ولم يمكن لقرينه احتمال أو رغبته فى الانتظار أكثر .. » (٢) .

وتجيز الخلاصة القانونية أيضا التطليق بسبب الغيبة البسيطة ولكن بشروط تتضح من النص الآتى « أما اذا كانت حيوة الغائب أو الأسير محققة غير مشكوك فيها ومقره معلوما فلا يفسخ الزواج اللهم الا أن طالت المدة اعنى تجاوزت السبب سنوات أو ثبت أن الغائب قد تزوج أو كان الغائب هو الرجل ولم يبعث لامرأته النفقة وتشكى الفريق الآخر من ذلك فللرئيس الروحى تبرير أمره من جهة الزواج بحسبما تستدعيه حالته مما لا يضاد الشرع » (٣) . ونرى وجوب اسال نص الخلاصة القانونية فالغياب مع الشروط المذكورة يجيز عدلا أن ينسخ الزواج .

أما الغيبة الاجبارية لقضاء عقوبة مقيدة للحرية فهى تجيز طلب التطليق وهنا التطليق ليس فيه معنى الجزاء عن الخطأ الجنائى ، لأن التطليق كجزاء خاص بالنظر الى الأخطاء التى تمس مباشرة نظام الزواج وعلاقات الزوجين وليس فى النص تحديد لجريمة معينة . وعلى ذلك فالقصد من التطليق هو دفع الضرر عن المرأة المنتظرة (٤) .

تنص المادة ٥١ من مجموعة ١٩٥٥ « الحكم على أحد الزوجين بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر

---

(١) مفهوم بداهة أن يقضى له أولا بالطلاق ثم يكون مباح له ان يتزوج لانه لا يجوز تعدد الزوجات أو تعدد الازواج .

(٢) الخلاصة القانونية السبب التاسع رقم ٨٣ .

(٣) الخلاصة القانونية السبب التاسع رقم ٨٤ .

(٤) جميل الشرقاوى — المرجع السابق ١٩٧٣ ص ٣٥١ هامش ١ .

يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق » . فيجب أن تكون مدة العقوبة المحكوم بها سبع سنوات فأكثر ونرى أنه تجب أن يرفع طلب التطليق أثناء قضاء العقوبة فاذا صبر الزوج الى أن خرج شريكه من السجن فلماذا اذن طلب التطليق ، أن التطليق انما لعلة وليس اعمالا لحق فاذا فات زمن العلة فلا محل للتمسك بها . لكن هل يلزم الزوج الانتظار لمدة سبع سنوات ، أم بمجرد الحكم يجوز له طلب الطلاق ؟ نرى أنه يجوز للزوج ذلك فالنص لم يشترط سوى صدور الحكم . وقد ذهب بعض الفقهاء الى ضرورة انقضاء سبع سنوات . وانه اذا حصل عفو وافرج عن المتهم قبل انقضاء السبع سنوات فلا يقبل طلب التطليق » (١) .

ونص مجموعة ١٩٥٥ يستند الى الخلاصة القانونية حيث ورد من أسباب التفريق . « اذا حكم على أحدهما بحكم جنائى أوجب ابعاده عن وطنه أو اقليمه فان كانت مدة الحكم لا تزيد عن سبع سنوات فالزواج باقى وانتظرت عودته . ولكن كانت تزيد عن ذلك زيادة لا يحتملها قرينه أو كان الحكم توقع بابعاده مدة عمره الى حيث لا ترجى عودته فالخيار لقرينه أن شاء الزواج بآخر يصرح له بذلك بعد ثبوت الموجب » (٢) .

ثانيا ـ المرض

حددت مجموعة ١٩٥٥ نوعين فقط من الأمراض تجيز طلب التطليق هما الجنون والعته ، وجاء ذكر أمراض أخرى فى مصادر الشريعة الأخرى وهى ما تطلق عليه الأمراض ذات الخطورة كالجزام والبرص ، وذكر أيضا للمرأة مخالفتها لخقلة النساء .

١ ـ الجنون :

تنص المادة ٥٢ من مجموعة ١٩٥٥ أنه « اذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق يجوز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق اذا كان قد مضى خمس سنوات على الجنون وثبت أنه غير قابل للشفاء » .

---

(١) جميل الرقاوى ـ المرجع السابق ص ٣٥١ .

(٢) الخلاصة القانونية رقم ٨٥ .

والنص يذكر الجنون فقط وتعتقد انه يجب أنه يأخذ نفس الحكم كل مرض عقلى ذهب بالعقل مثل العته ، والجنون يجب أن يكـون مطبقا . والنص يفيد أن الجنون أصيب به أحدهما بعد الزواج ، أما اذا كان الجنون سابق على العقد وانعقد العقد مع وجوده فالعقد يقع باطلا أو قابلا للابطال (١) . وان كان المرض ظاهرا للطرف الآخر وقت العقد ويعلمه ، نرى مع ذلك أن ذلك لا يسقط حقه فيما بعد فى طلب التطليق بنفس الشروط فى حالة الجنون الحاصل أثناء الزواج ويجب طبقا للنص أن يستمر الجنون خمس سنوات سابقة على طلب التطليق ويجب أن يثبت أنه غير قابل للشفاء » (٢) .

---

(١) باطلا اذا توافر فى الجنون شروط المانع من الزواج وقابلا للابطال ان وقع غش بشأنه .

(٢) جاء فى المجموع الصفوى بشأن الصراع من جنون الحاصل بعد الدخول قولان : قول يجيز التطليق للزوج وقول لا يجيز مطلقا وسواء كان الصرع حاصل للزوج أو للزوجة . أما اذا كان الصرع موجود قبل الدخول فالقولان متفقان على اجازة التطليق اذا كان الزوج لا يعلم بوجود هذه العلة عند زوجته أو دلس أمرها عليه .

المجموع الصفوى ــ الباب الرابع والعشرون رقم ١٢٧ .

أما الخلاصة القانونية فقد ذكرت الجنون المطبق من بين موانـع الزواج المقررة فى النوع الثانى الخاص بالموانع الشخصية ، ثم أحالت الى تلك الموانع مرة أخرى كأسباب وضعية تجيز الفسخ : وذكر أن العقد يكون باطلا نذكر عبارات الخلاصة حرفيا « فهذه موانع الزيجة الثابتة التى اذا اتفق حصول الزواج مع وجود بعضها فالانعقـاد يكون لاغيـا مفسوخا لا يعول عليه » بينما نجد فى باب الفسخ جاء ما يلى « والأسباب المقررة فى النوع الثانى وهى الموانع الشخصية تفسخه متى شاء أحدهما الفرقة ولم يرد المعاشرة بحيث يتميز الحال بينما يكون الاقتران حصل بتدليس الأمر على القرين الآخر ، وبينما يكون صار يعلم وتراضى . فاذا كان الاقتران وقع بغش وجب الفسخ حالا وان كان يعلم وتراضى الآخر استمر الزوجان من سنة الى ثلاث سنوات بحسب ما تحتمله حالة المرض المانع فان كان يمكن زواله انتظر لغاية كمال الثلاث سنوات من عهد الزواج فان لم يبرأ وتحقق أن الاجتماع بقى غير ممكن مدة الثلاث سنوات من وقت التزوج ورغب الفريق الثانى الافتراق والزواج بآخر يجاب الى ذلك وان كان المرض مما لا يمكن زواله بأى علاج وكان القـرين الآخر ممن لا يحتمل الصبر ثلاث سنوات ورغب الفرقة بعد سنة واحدة مضت على الزواج فللرئيس اجابته بعد النظر الدقيق العادل وتحقيق الحق وتزييف الباطل .

المسألة الخامسة والعشرون أرقام ٦٩ ــ ٧٠ .

٢ ـ العنه :

تنص المادة ٥٢ من مجموعة ١٩٥٥ فى فقرتها الثانية أنه « يجوز أيضا للزوجة أن تطلب الطلاق اذا أصيب زوجها بمرض العنه وثبت انه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة فى سن يخشى عليها فيه من الفتنة ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنوات » والنص يفيد أن العنه لا تصيب الا الزوج ، ويحق للزوجة أ نتطلب التطليق بشرط أن يثبت انه غير قابل للشفاء وان تكون الزوجة فى سن يخشى عليها فيه من الفتنة أى فى سن تحتاج فيه المرأة بحسب الناموس الطبيعى لمتعة الرجال ــ والمسألة تقديرية بحسب المألوف ــ والنص لا يشترط أن يستمر المرض مدة معينة وانما لا يقبل طلب التطليق اذا كانت الاصابة بالعنه حدثت بعد مضى خمس سنوات على الزواج (١) • ولم يرد فى مجموعة ١٩٥٥ النص على خنثى المرأة ، ومع ذلك فانه العنه والخنوثه سواء كانت من الذكر أو الأنثى وكل عله تمنع من الاجتماع التناسلى مقرره فى المجموع الصفوى والخلاصة القانونية كأسباب ينفسخ بها الزواج (٢) •

٣ ـ الجذام والبرص :

لم يأت فى مجموعة ١٩٥٥ ذكر أمراض أخرى غير العنه والجنون كأسباب تجيز التطليق • والجذام والبرص يأتى بحثهما كأسباب للتطليق اذا افترضنا انها أمراض طرأت بعد الزواج ، أما اذا كانت موجودة قبل الزواج فأما أنها موانع ، أو ان لم تكن فان أن يكون الزوج الآخر وقع فى غش أو غلط بشأنها وهذا يجيز له طلب ابطال العقد واما أن يكون يعلم بها فلا يجوز له بعد ذلك طلب ابطال أو فسخ الزواج • وبالنسبة للجزام والبرص الذى أصاب أحدهما بعد التزويج ورد فى المجموعة الصفوى أن فيه قولان (١) : الأول أن تجذم أحدهما

---

(١) جاء بالمجموع الصفوى بالنسبة للرجل « التزويج ينفسخ بحجة ضرورية اذا كان الرجل لا يمكنه أن يجتمع مع امرأة ويعمل ما يخص طبيعته بل يقيم بعد الاتصال ثلث سنين ولا يمكنه أن يفعل ما يخصه فيجوز حينئذ للمرأة أو لوالديها ان يفسخوا الخلطة أن كانت الحرمة لا تؤثر مساكنته » ونلاحظ أن النص اشترط أن تجرب المرأة الرجل المصاب بهذا المرض ثلاث سنوات . وهذا على عكس ما ذكر فى المتن بخصوص نص مجموعة ١٩٥٥ . (ص ٢٤٨ رقم ١٢٥) .

=

بعد التزويج وأراد الآخر مفارقته فليس ذلك له (١) والثانى وهو الأولى (مج ٨١) ومن تزوج بأمرأه ثم عرض لها بعد زيجتها به داء فى بدنها مثل الجذام والبرص ان هو أحب مفارقتها فعليه أن يعطيها مهرها وجهازها » (٢) .

ثالثا - الرهبنة والخروج عن الدين

١ - الرهبنة :

من الأحكام الأساسية فى الرهبنة انه لا يجوز الجمع بينها وبين الزواج . ومن ترهبن ولم يستطع صبرا فانه يجوز له العدول عن الرهبنة ويتزوج ، أو لا يتزوج فالتزوج بعد الرهبنة صحيح لا مطعن عليه ولو جاء من ذو رتبه (٣) ، اما الرهبنة بعد الزواج فهل التى تثير القول . هل تجوز ؟ وما أثرها على الزواج . ويتضح من مصادر الشريعة أن

وجاء بالنسبة للمراة (رقم ١٢٦) فان كان الرجل لما تزوج بها وجدها فى خلقتها مخالفة لخلقة النساء لا تصلح للرجال وانكر ذلك أول يوم دخوله عليها أو ثانية أو ثالثة وطالع كاهنه بحالها فقد برأت ساحته ووجب للأسقف ان يفرق بينهما ويطلق للرجل التزويج وتؤدب المراة وتمنع من التزويج (ملحوظة اليس فى هذه العبارة الأخيرة ما يقرر شرعية التفريق مع الحرمان من الزواج راجعا سابقا ص ١٤٠) .

(١) وقد انتقد جرس فيلوثاؤس عوض اباحة هذه المصادر التطليق بسبب المرض بصفة عامة واعتبره مخالف للشريعة . تذييل الباب الرابع والعشرون من المجموع الصفوى ص ٢٧٤ . ويذكر قول مبشر الأمم «يجب على الرجال أن يحبوا نساءهم كأجسادهم من يحب امرأته يحب نفسه . فانه لم يبغض أحد جسده قط بل يقويه ويربيه كما الرب أيضا للكنيسة لاننا أعضاء جسمه من لحمه ومن عظامه » ويستطرد القول فمادامت المراة مع الرجل بالزواج وقد صار جسدا واحدا كما يعلم السيد المسيح فكيف لا يهتم هذا الجسد بالعضو الذى منه اذا أصيب بمصيبة . ويذكر اجابة تيموثاوس بطريرك الاسكندرية (الثانى والعشرون فى عدد البطاركة) وكان رئيسا لمجمع أفسس ، عندما سئل : ان كانت امراة احد متبليه بروح شرير بهذا المقدار حتى انها توبط بسلاسل واغلال فيقول زوجها : اننى ما أقدر اضبط ذاتى ويريد بان يأخذ غيرها هل يجوز له أن يأخذ غيرها أم لا فأجاب قائلا : ان هذا الأمر قد يتداخله فسق كما يبان لى، فما عندى ولا أجد ما الذى أجاوب به عن ذلك » .

(٢) ولا يعمل بما ذكرته بعض النصوص من ان أمر تجويز زيجته موكولا لرئيسه أن شاء فسخه وان سمح ابقاه لان الكتاب يعلمنا أن الرجل لا يترك امرأته وما جمع الله لا يفرقه انسان . (أنظر الباب الرابع والعشرون من المجموع الصفوى ص ٢٧٢) . راجع سابقا ص ١٠٧ ، ١٠٩ .

الرهبنة بعد الزواج لا تجوز الا برضا الزوجين ، ولو اقتصرت على أحدهما فقط ، وحينئذ ينحل الزواج بالتطليق . ورد فى المجموعة الصفوى « التزويج ينحل برهبانية المتزوجين معا برضاهما » وجاء بالخلاصة القانونية « واذا ترهبن الزوجان أو أحدهما برضاهما معا انفسخ زواجهما » فالرهبنة يجب أن تقع أما من الزوجين أو من احدهما برضا الآخر فلقد راعت الشريعة أن حقوق المرأة أو الرجل فى الزواج وما يحمله الزواج من نعمه لها تفوق على نعمة الرهبنه ديانه ، وقد لا يكون من أتى الرهبنه راغبا فى العبادة الحقيقية بل طامعا فى الوظائف الكبرى الاسقفية .

فالرهبنة الصادقة سلوك شخصى وليست دعوة مسيحية عامة من الدين ولو رغبها جميع المسيحيين وسئل المسيح لحرمها على ما نعتقد ، لأن من الخير لكل دين أن يتزايد المؤمنون به . ولأن الرهبنة لا تتفق مع الطبيعة الجسدية لكل البشر ، فتيقن الأمر أن الكثير سوف لا ينخرط فى سلك الرهبنه ، فجعلت الرهبنه مندوبه ديانه (١) . ولكن المندوب لا يرجح الحق والمندوب لا يرجح الضرورة : المندوب لا يرجح الحق : فان تعارضت الرهبنة مع حقوق شخص آخر غير المترهبن كالمتزوجين رفضت الرهبنه ، والمندوب لا يرجح الضرورة ، فان تعارضت الرهبنه مع الضرورة الجنسية رجحت الضرورة ، فالتزوج أولى من التحرق .

---

(١) قال السيد المسيح « لأن من الخصيان من ولدوا كذلك من بطون أمهاتهم ومنهم من خصاهم الناس ومنهم من خصوا أنفسهم من أجل ملكوت السموات فمن استطاع أن يحتمل فليحتمل (مت ١٩) وقوله فيه أيضا . وكل من ترك بيتا أو أخوه أو أخوات أو أباه أو أما أو امراة أو بنين أو حقولا لأجل اسمى يأخذ منه ضعف ويرث الحيوه الابدية . وقول الرسول انى اريد ان تكونوا بلاهم فان الغير المتزوج يهتم فى ما للرب كيف يرضى الرب وأما المتزوج فيهتم فيما للعالم كيف يرضى امراته فهو منقسم (اكو ٧) فبناء على ذلك اذا رغب الزوجان برضاهما معا . حقيقة يفسخ زواجهما شرعا او رغب أحدهما الرهبنة برضاهما معا . ولا يوجد نص فى الشريعة يجيز لاحد الزوجين ترك الآخر بحجة الرهبنة.

تذيل الباب الرابع والعشرون من المجموع الصفوى ص ٢٨٢ ، ٢٧٢ .

ملحوظة : عندما يقول بعض الفقهاء أن الرهبنة نظام مسيحى ، فان قصدهم على ما نعتقد لا ينصرف الا الى بيان أن الرهبنة تعرفها المسيحية

ولم يرد ذكر الرهبنه من أسباب التطليق فى مجرمه ١٩٥٥ ، ومع ذلك فان المعادر الشرعية السابق ذكرها واجبة التطبيق (١) ، ولا يجوز استبعاد حكمها ان لم يكن مخالفا للنظام العام ، وقد حكمت محكمة النقض المصرية بعدم تعارض الرهبنه مع النظام العام ، ويجب أعمال الأحكام الشرعية الخاصة بها فى مجال التطليق (٢) .

٢ ــ الخروج عن الدين :

تنص المادة ٤٩ من مجموعة ١٩٥٥ أنه « ينفسخ الزواج اذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحى » . وفى تطبيق هذا النص يجب أن تفترض أن الزواج كان بين متحدى الطائفة والملة والديانة ، لانه ان لم يكن كذلك فانه لا يكون من البدء خاضعا للشريعة المسيحية وانما يكون خاضعا للشريعة الاسلامية . فاذا افترضنا الوحدة الطائفية عند العقد واستمرت هذه الوحدة حتى خرج أحدهما عن دينه . فهل تقبل دعوى تطليق مؤسسة على هذا السبب ؟ رأينا أنه طبقا لقانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ الخاص بتحديد شروط تطبيق الشريعة الاسلامية انه يعتد بكل تغيير يحدث قبل رفع الدعوى وعلى ذلك فان دعوى التطليق لن تكون خاضعة للشريعة الطائفية وانما ستكون خاضعة للشريعة الاسلامية

=

ولا يعرفها الاسلام ، ولا يبين ان رايهم يخالف ما ذكرناه فى المتن من أنها مندوبة وليست واجبة ومندوبة من الخاصة من المؤمنين . (أنظر جميل الشرقاوى المرجع السابق ١٩٧٢ فقرة ٨٣) الا أنه حيث أن الرهبنة نظام فهذا يعنى أن من يريد الترهب فانه يخضع لاجراءات معينة ، فليس كل عازف عن الزواج براهب وليس كل متعبد براهب ان لم تتبع الاجراءات والصور الدينية المقررة . وعلى المحكمة ان تستوثق من ذلك من الجهة الدينية

(١) القاعدة على ما نرى عندما نعترف بان للشريعة مصادر أخرى غير الانجيل أن نراعى ما يلى : ١ ــ تحديد ما يعتبر مصدرا . وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار المجموعتين القبطيتين غير الرسميتين الصادرتين عام ١٩٣٨ وعام ١٩٥٥ من مصادر الشريعة . ٢ ــ عند تعارض المصادر نغلب من اتى بحكم يتفق مع روح الشريعة سواء تقدم هذا المصدر أوتأخر وغالبا أن تكون المصادر القديمة الفقهية أقرب الى روح الشريعة اما المصادر الجديدة فتحرص على تطوير الشريعة أحيانا بما يخرج عن روح الشريعة . ٣ ــ التعارض لا يستفاد من السكوت عن الحكم .

(٢) جميل الشرقاوى المرجع السابق ١٩٧٣ ص ٣٧٦ اشار الى حكم صادر فى ١٩٤٢/٥/١١ .

ولا نجد تطبيقا للمادة ٤٩ من مجموعة ١٩٥٥ . أما لو تصورنا ان هناك دعوى تطليق مرفوعة لأى سبب ووقت رفع الدعوى كانت شروط تطبيق الشريعة الطائفية متوافرة ثم حدث أثناء سير الدعوى أن غير أحدهما دينه ولم يكن الى الاسلام فهل يمكن لطالب التطليق أن يضيف هذا السبب الى السبب المرفوعة به الدعوى وهى مازالت خاضعة للشريعة الطائفية . هذا ما تجيزه نصوص قانون المرافعات ولو فى الاستئناف (١) . أما اذا انتظر المدعى ورفضت دعوى التطليق لعدم توافر شروط السبب المرفوعة به ، فان دعوى التطليق الجديدة المرفوعة بناء على تغير الدين لن تكون خاضعة للشريعة الطائفية لأن التغيير الذى حدث يكون حاصلا قبل رفع الدعوى ، وقد سبق أن رفضنا رأى من اراد أن يتوسع ويرى أن التغيير الذى حصل بعد رفع الدعوى الأولى لا يعتد به فى الدعوى الثانية أيضا لاننا أمام نزاع واحد هو تطليق (٢) .

وعندما يكون تغيير الدين سببا للتطليق ، فانه المقصود الخروج عن الدين المسيحى الى غيره (غير الاسلام) . أما التغيير الى طائفة أخرى أو الى مذهب آخر فليس سببا للتطليق .

وجاء نص الخلاصة القانونية مقررا من قبل التطليق بسبب الخروج عن الديانة النصرانية وأوجبت أن يخاطب المرتد من الرئيس الشرعى بالتوبة والعودة الى دينه ، فان لم يستجب وتأكد اليأس من توبته يفسخ الزواج (٣) .

---

(١) تنص المادة ١٢٤ مرافعات للمدعى أن يقدم من الطالبات العارضة : ما يتضمن اضافة أو تغييرا فى سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله .

وتنص المادة ٢٣٥ فقرة ثالثا — « وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حالة تغيير سببه والاضافة اليه » .

(٢) راجع سابقا ص ٤٦ .

(٣) اذا خرج أحد الزوجين عن الديانة النصرانية بالكلية واشتهر امره وترجع قطع الرجاء من ارتداده للدين المسيحى وتشكى من ذلك الزوج الآخر ورغب التصريح له من الرئيس الشرعى بالتزوج بآخر مؤمن فان كان الزوج المفارق المذهب خرج عن ايمانه قريبا وجب على الرئيس امهال الزوج الآخر مدة يمكنه احتمالها أعنى مدة لا يلحقه ضرر من مكوثها بدون زيجه ذاته ولاقى أحواله ومتى عبرت ولم يرتجع المفارق وتأكد اليأس من توبته يمكن الزوج الآخر شرعا التزوج بمن يريد ولا سيما اذا كان المفارق للنصرانية تزوج زيجه خارجة عن المذهب

الفصل الثانى

أحكام التطليق والاعتزال الشرعى وآثارهما

المبحث الأول

أحكام التطليق والاعتزال

المطلب الأول

أحكام التطليق

نجمل أحكام التطليق فى البنود التالية :

١ ــ أسباب التطليق واردة على سبيل الحصر :

أسباب التطليق التى وردت فى مصادر الشريعة ، ولم تكن مخالفة للنظام العام يجب العمل بها قضاء ، حيث أن انهاء الزواج من مسائل الأحوال الشخصية . والراجح فقها وقضاء أنه لا يجوز الاقتصار على الانجيل فى هذا المجال بل يرجع الى جميع المصادر ، وقد اتبعنا هذا الرأى فى عرضنا لأسباب التطليق (١) .

وأسباب التطليق واردة على سبيل الحصر ، وهناك اجماع فقهى وقضائى على هذا (٢) . ولذلك رفضت دعوى التطليق بسبب كبر السن والعقم(٣) . وهذا القول لا يسلب القاضى سلطته فى التقدير الذى تسمح به طبيعة السبب ، ولا يسلب القاضى سلطة القياس المقبول فالعته يمكن أن يقاس على الجنون كما أن العنه يمكن أن يقاس عليها كل عيب مانع من الاتصال الجنسى .

---

(١) ذهبت محكمة استئناف الاسكندرية فى بعض احكامها الى وجوب الاقتصار على الانجيل (القضية رقم ٤٩ سنة ١٢ ق ملى والقضية رقم ٥٠ سنة ١٢) لكنها عدلت عن هذا الموقف واتبعت الرأى الراجح فى القضية رقم ٥٩ سنة ١٢ ق ملى . صالح حنفى ــ المرجع السابق رقم ٩٥٢ ، ٥٩٣ .

(٢) أنظر استئناف القاهرة القضية ١٢٩ سنة ٧٣ ق والقضية ١٣٠ سنة ٧٣ ق . صالح حنفى المرجع السابق رقم ٥٩١ ، ٥٩٧ .

٢ — التطليق جائز فى الزواج قبل الدخول أو بعد الدخول :

عندما حددت شريعة الأقباط الارثوذكس أسباب التطليق اطلقت القول ولم تميز بين زواج مكتمل بالدخول وزواج غير مكتمل . وعلى ذلك فاذا طرأ السبب قبل الدخول فالتطليق يجوز طلبه والقضاء به ، لانه لا يجوز أن نقول لأحد الزوجين رغم توافر السبب أمضى فى اتمام الزواج ، الا أن من الأسباب لا ينكشف الا مع المعاشرة الزوجية كتصدع الحياة الزوجية وكالعنه .

٣ — طلب التطليق جوازى :

اذا توافر أحد الأسباب التى تجيز طلب التطليق ولم يحدث بشأنها صلح فان طلب التطليق جوازى . وهو خيار قانونى مفتوح فقط للزوج الذى لم يأت سبب التطليق من جانبه ، فلا يجوز لمن كان زناه أو غيبته أو مرضه ، يبرر التطليق أن يطلب ذلك ، اذا رغب مع ذلك الزوج الآخر فى بقاء الحياة الزوجية .

الا أنه يجوز الصلح بين الزوجين . ويقتصر أثر الصلح على الوقائع السابقة والمعلومة أثناء الصلح . ولا يجوز أن يكون الصلح محددا لبعض الأسباب المعلومة دون البعض ؛ لان ذلك يفقد معنى الصلح . أما الأسباب التى بقيت غير معلومة وقت الصلح ، فانه يجوز التمسك بها رغم الصلح ، كذلك يجوز التمسك بأسباب طرأت بعد الصلح (١) .

ونرى أن الدخول مع العلم بأسباب التطليق يعد صلحا ولا يجوز التمسك بالأسباب السابقة والمعلومة عند الدخول . والا كان الدخول عبث وغش من الزوج الذى قبل الدخول ، وكان التهديد بالاثم السابق على الدخول عامل اضطراب فى الحياة الزوجية ، والأسباب الطارئة بعد الدخول اذا كان يشترط لها مدة معينة كالغيبة وكالجنون يجب أن تحسب مدتها بدءا من الدخول ولا تضاف المدة السابقة على الدخول على ما نرى .

---

(١) المادة ٥٩ من مجموعة ١٩٥٥ .

على أنه اذا رفعت دعوى تطليق بناء على أسباب جديدة لم يشملها الصلح فانه يجوز الاستناد الى الأسباب القديمة فى تأييد الدعوى الجديدة (١) . هذا اذا اتحد المدعى فى الحالتين . أما أن اختلف المدعى، فكان المدعى فى الصلح هو المدعى عليه فى الدعوى الجديدة ، فلا يجوز مع ذلك أن يدفع هذه الدعوى بسبق الصلح ، صحيح أنه المتسامح فى الصلح ، الا أن هذا التسامح لا يسقط حق الزوج الآخر فى طلب التطليق فيما بعد عن أسباب جديدة أن لم يشأ أن يتسامح ، أى أن لم يشأ أن يرد الصنيع الجميل بمثله .

٤ ـ الحكم بالتطليق وجوبى :

اذا رفعت دعوى بطلب تطليق ، وثبت أمام القاضى السبب المستند عليه الطلب وجب على القاضى الحكم بالتعويض . ما لم يحدث صلح أثناء نظر الدعوى . ويجوز الصلح قبل أن يصير الحكم نهائى ؛ لأن انحلال الرابطة الزوجية لا يكون من تاريخ الحكم النهائى (٢) .

ومع القول بأن التطليق وجوبى على القاضى ، فان ذلك لا يمنعه من سلطة التقدير اذا سمحت بذلك طبيعة بعض الأسباب ؛ كتصدع الحياة الزوجية .

ويجب على القاضى أن يراعى حكم المادة ٨٩٦ مرافعات وهى تقضى « قبل تحقيق طلب التفريق أو التطليق يحدد رئيس المحكمة موعدا لحضور الزوجين شخصيا أمامه ليصلح بينهما ويعلنهما بهذا الموعد قلم الكتاب ، فاذا تخلف المدعى عن الحضور اعتبر طلبه كأن لم يكن وذلك بقرار من الرئيس يثبت فى محضر . واذا تخلف المدعى عليه أو لم يتم الصلح يمضى الرئيس فى تحقيق طلب التفريق أو التطليق .. » .

٥ ـ قواعد التطليق متعلقة بالنظام العام :

قواعد التطليق ما تعلق منها بالأسباب أو الأحكام أو الآثار متعلقة بالنظام العام . فلا يطبق من الشريعة بهذا الخصوص الا مالا يخالف

---

(١) المادة ٥٩ من مجموعة ١٩٥٥ .

(٢) المادة ٦٣ من مجموعة ١٩٥٥ .

النظام العام ، واذا كانت الشريعة غير مخالفة للنظام العام أو لقواعد تشريعية آمرة فيجب الالتزام بها • وايجاب الرجوع الى القضاء لانهاء الزواج ليس فيه مخالفة للنظام العام ، وعدم اطلاق السبب ليس فيه مخالفة للنظام العام ، ويجب التقيد بهذه الأسباب وأى حكم يقضى بسبب غير الأسباب المقررة فى الشريعة يكون باطلا • وجميع الأسباب التى تقدم ذكرها ليس فيها مخالفة للنظام العام • وكل تواطؤ بين الزوجين على افتعال الأسباب والادعاء بها أمام القاضى قد يعرض الزوج الذى وافق على ادعاء الزوج الآخر غير الحقيقى لجريمة شاهد زور (على ما نرى) ويعد هذا التواطؤ فى حكم الغش الذى يكون كافيا للطعن فى الحكم بالتماس اعادة النظر وحرصا على دفع هذا التواطؤ نجد أن الشريعة لم تأخذ بها هو متعارف عليه فى قواعد الاثبات المدنية من أن الاعتراف سيد الأدلة فقررت المادة ٥٨ من المجموعة « يؤخذ باقرار المدعى عليه من الزوجين مما هو منسوب اليه ما لم يكن مؤيدا بالقرائن » •

ولتعلق قواعد التطليق بالنظام العام ، فان كل تعهد يصدر مقدما قبل حدوث الأسباب ، بعد رفع الدعوى يقع باطلا ولايعد صلحا •

المطلب الثانى

أحكام الاعتزال الشرعى

الاعتزال الشرعى نوعان : أما اختيارى واما قضائى •

١ — الاعتزال الشرعى الاختيارى :

الاختلاط فى الفراش والمعيشة المشتركة أكلا ومسكنا من أهم أحكام الزواج ولا يجوز الاتفاق على عكس فى الأحوال العادية وعندما يخل أحد الزوجين بهذه الالتزامات والحقوق الشرعية يكون ذلك سببا فى تصدع الحياة الزوجية •

ومع ذلك تعرف الشريعة القبطية الأرثوذكسية ما نطلق عليه الاعتزال الشرعى وفى هذا تنص الخلاصة القانونية (١) « انه مع وجود بعض العلل الموجبة للفسخ يجوز بقاء معاشرة الزوجين دون اختلاط الفراش •• » ويمكن أن نحدد شروط الاعتزال الشرعى فى ضوء نص الخلاصة كالآتى :

١ - الاتفاق على الاعتزال لا يجوز فى الأحوال العادية وانما فقط عند وجود بعض العلل الموجبة لفسخ الزواج عند أحد الزوجين ، حين لا يؤثر الزوج الآخر الفرقة فالاعتزال فى الشريعة القبطية ليس بديلا عن التطليق عندما لا يجـوز .

٢ - يجب أن تكون العلة قهرية لا ارادية حـادثة لأحدهما بعد الاقتران لا قبله .

٣ - بقاء ارتباط الزواج من جهة المعاشرة والخدمة والأعمال فلايجوز الاتفاق على عكس ذلك .

٤ - العلة المقصود وان لم يحددها النص فهى على ما نعتقد يقصد العلل المانعة من الاختلاط فى الفراش ، وقد تكون علل جنسية وقد تكون أمراض خطرة معدية أو منفرة كالجزام والبرص .

٥ - لا يجوز الاتفاق على الاعتزال فى الفراش وبقاء المعاشرة اذا كانت هذه المعاشرة موجبة لاتلاف أو تبديد حقوق القرين ذى العلـة بواسطة تمكن القرين الآخر منها أو اذا كان هذا الاعتزال موجبا لوقوع القرين السليم من العـلة فى دنس الزنا بتسر أو غيره كأن يكون شـابا لا يضبط نفسه أو غير شاب لكنه لا يقدر على الامساك .

٦ - ضرورة أن يرخص الرئيس الدينى بمثل هذا الاعتزال ويجب أن نفرق بين الاعتزال الشرعى المرخص به والاعتزال الواقعى فلا يمكن أن يدخل البحث البيوت طالما أن أحدا لم يشتكى .

واذا لم يرخص بالاعتزال فيجوز أن يطلب الزوج البرىء من العـلة التطليق . كما أنه اذا رخص بالاعتزال فان ذلك لا يسقط حق الزوج السليم أو حتى الزوج المصاب بالعلة أن يطلب التطليق لأسباب أخرى طرأت غير العلل موضع النظر فى الإعتزال .

وقد جاء بالمجموع الصفوى ما يقرر شرعية الاعتزال ، ولكن لم نجد فيه تفصيل كالذى ورد فى الطلاق . جاء ما يلى « ومن تزوج امرأة ثم عرض لها بعد زيجتها به داء فى بدنها مثل الجزام والبرص ان هو أحب مفارقتها فعليه أن يعطيها مهرها وجهازها فان لم يحب فمباح له اعتزالها بشرط أن يجرى عليه النفقة على قدر ماله لأن الذى جرى لها لم يكن بهواها ولا هواه (أى علة قهرية كما جاء بالخلاصة) » . ليس هناك خلاف كما يبدوا بين المجموع والخلاصة على شروط الاعتزال . ولذلك فاننا نرى انه يجوز شرعا (١) . وهو يعد من الأحوال الشخصية ويخضع للشريعة الدينية .

٢ - الاعتزال الشرعى القضائى :

لنفترض أن هناك دعوى تطليق مرفوعة أمام القضاء ولم يتم الصلح بين الزوجين ، تقول المادة ٨٩٦ مرافعات يأمر القاضى « بالاجراءات التحفظية أو الوقتية التى يراها لازمة للمحافظة على مصالح كل من الزوجين . والأولاد وبوجه خاص الاذن للزوجة بالاقامة فى منزل يتفق عليه الطرفان أو يعينه من تلقاء نفسه والأمر بتسليم الزوجة الأشياء اللازمة للاستعمال اليومى وتقدير نفقة وقتية » (٢) .

المبحث الثانى

آثار الحكم بالتطليق

نبحث آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للمطلقين ثم نبحث آثار التطليق بالنسبة للأولاد .

---

(١) الخلاصة القانونية المسألة الثلاثون - والمجموع الصفوى الباب الرابع والعشرون رقم ١٢٨ ثانيا ..

(٢) هذا النص هو الذى يعتمد فى التطبيق لانها قواعد تشريعية موحدة ؛ ومع أن نص المادة ٥٥ من مجموعة ١٩٥٥ قد جاء بمثل هذه الأحكام الا أن الاعتزال الشرعى القضائى يعتبر من قبل الاجراءات وقد أحال قانون ٤٦٢ لعام ١٩٥٥ بشأنها الى قانون المرافعات بالنسبة للجميع.

المطلب الأول

آثار الحكم بالتطليق بالنسبة للمطلقين

(أ) الآثار غير المالية

١ - انحلال الرابطة الزوجية :

متى صار الحكم بالتطليق نهائى فان الرابطة الزوجية تنحل وتقف الحقوق والالتزامات المتعلقة بحال الزوجية .

ونصت المادة ٦٥ من مجموعة ١٩٥٥ أنه يجوز لمن وقع بينهما طلاق الرجوع لبعضهما . وعن كيفية الرجوع ، نجد أن المادة المشـار اليها تقضى بأن « يصدر بذلك قرار من (المجلس الملى العام) بعد استيفاء الاجراءات الدينية التى تقتضيها قوانين الكنيسة ويخطر بذلك رئيس المجلس الملى العام » . وتفسير هذه المادة يبدو لنا تكتنفه صعوبة ، فما هى طبيعة القرار المقصود هل قرار قضائى أم قرار دينى ، وبناء على طلب من يصدر ذلك القرار ، هل طلب أى من الزوجين أم فقط طلب المدعي فى دعوى التطليق ، وهل تسمع فى هذا الشأن رغبة الطرف الآخر أم لا تسمع . وما هى الاجراءات الدينية هل هى مختلفة فى شأن الرجوع عن الاجراءات الدينية الخاصة بعقد الزواج . أننا نستبعد تطبيق هذا الجزء من المادة ٦٥ . ونرى أن الرجوع يكون بعقد زواج جديد وسواء كانت العدة قد انقضت أم لا (١) . وأساس اسـتبعادنا لهذا الجزء أنه غير صالح للتطبيق (٢) ويجب أن تطبق القاعدة العامة التى تتفق مع النظام العام وهى أن كل فرقة بحكم القاضى تكون فرقة بائنة وان كانت بينونته صغرى فيجوز الرجوع بعقد زواج جديد .

وعلينا أن نفرض أنه بعد الرجوع حدث تطليق آخر فهل يجوز الرجوع مرة ثانية وماذا لوحدث تطليق آخر فهل يجوز الرجوع ثالثا ..

---

(١) فى نفس الرأى توفيق فرج ص ٩٤٨ حيث يقول يلزم « القيام باجراءات الزواج الكنيسة من جديد وتوثيقه لدى الموثق المختص » وانه وان اشار الى المادة ٦٥ كأساس لشرعية الرجوع الا انه لم يشـير الى الصعوبات التى تكتنف تفسير المادة ٦٥ والتى نراها على النحو المشار اليه فى المتن .

(٢) ولا يجوز الاعتراض على ذلك لان مجموعة ١٩٥٥ ليست قانون تشريعى وحجتها كشريعة مشروط بأن تكون صالحة للتطبيق .

نعتقد أن روح الشريعة القبطية لا يمكن أن تسمح بهذا العبث ولقد عالجته الشريعة الاسلامية بايجاد البيونة الكبرى بعد الطلاق الثالث .

ونرى أن تطبيق نص المادة ٦٤ من مجموعة ١٩٥٥ الذى يعطى للقاضى سلطة حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج من شخص آخر يعطى للقاضى من باب أولى سلطة حرمانها من الرجوع لبعضهما . وتطبيق النص فى هذه الحالة بالذات مفيد جدا ويبعد عنه الادعاء بانه مخالف للنظام العام (١) . ولقد ترك النص الأمر جوازى للقاضى ، ونتوقع أن القاضى يحرم مطلقين للمرة الثالثة من الرجوع ، ونتوقع أن القاضى يحرم مطلقين لعلة العنه من الرجوع لبعضهما ، أما التطليق لأسباب قد يعقبها صفح كالاعتياد على الايذاء أو الزنا فلا نتوقع أن يحرم القاضى المطلقين من بعضهما .

٢ - انتهاء قرابة المصاهرة مع بقاء التحريم بسببها :

اذا كان الزواج هو سبب قرابة المصاهرة ، فمن الطبيعى انه اذا انحل الزواج أن تنقطع تلك القرابة .

ونرى أنه يجب أن يبقى التحريم الناشىء بسببها رغم انقطاعها ، وحجتنا أن قرابة المصاهرة اذا اعتبرت مانع زواج ، فلا يمكن فهم ذلك الا اذا كان المقصود اعمال أثرها المانع بالنسبة للزواج الثانى بعد انحلال الزواج الأول أساس تلك القرابة ، لأن الجمع بين الزوجات غير جائز مطلقا فى الشريعة ، وكذلك تعدد الازواج غير جائز مطلقا ، فعندما نقول أن المصاهرة تمنع الرجل من الزواج بأخت زوجته ، فهل هذا ينصرف الى منع الرجل من الزواج بأخت زوجته حال قيام الزوجية أم ينصرف الى منع الرجل من الزواج بأخت زوجته بعد انحلال الزوجية . الصحيح

---

(١) على العكس من ذلك يرى توفيق فرج انه نص مخالف للنظام العام ولا يجوز تطبيقه . ومن جانبنا نرى انه غير مخالف النظام العام راجع سابقا ص ١٠٤ .

هو الآخر . وهذا التفسير رغم انه لا يمكن أن يقال بغيره يحقق غاية تيلم للمصاهرة كمانع ، اذا بهذا لن نسمح بأى علاقات جانبية بين أقارب أحد الزوجين والزوج الآخر أملا فى زواج مستقبل مما يعجل بتهدم الزواج القائم .

٢ - التطبيق لا ينهى الالتزام بالمحافظة على الأسرار الأسرية :

تتيح الحياة الزوجية والأسرية أن يقف الزوج على اسرار خاصة بزوجته أو العكس وكذلك تتيح يقف الفرع على اسرار خاصة بأصوله أو العكس . ونرى ضرورة أن يلتزم أعضاء الأسرة بعدم افشاء السر الأسرى ، خاصة ما يتعلق بالزوج أو بالزوجة بعد انحلال الرابطة الزوجية . ومن جانبنا يمكن تأصيل ذلك الالتزام بالرجوع الى قواعد القانون الطبيعى والعدالة . أن هذا الالتزام يجب الا يقف عند حدود الأخلاق بل يعد التزاما قانونيا ، ولكن فى حدود القانون .

ويمكن من جانبنا تعريف لسر الأسرى بأنه كل خبر يتعلق بأحد الزوجين (أو بأحدى أعضاء الأسرة) ما كان يمكن للزوج الآخر العلم به لولا الحياة الزوجية ، ولا يلزم الافضاء بالسر من الزوج الى زوجة الآخر ، وانما قد يقف الزوج على السر الأسرى صدفة (١) . ويشترط فى السر الأسرى ألا يمثل اعتداء على الزوج الآخر أو على أحد اقاربه أو اصهاره الأقربين .

ويترتب على التزام المحافظة على السر الأسرى أن كل كشف عنه بأى وسيلة من وسائل العلانية خاصة بأداء الشهادة أو التبليغ حيث

---

(١) ولا يتسع المجال لبحث كيف تحدث الصدفة هل بحق أو بغير حق . ولقد ذهب الفقه والقضاء فى فرنسا فى الفترة السابقة لعام ١٩٣٨ باعطاء الرجل حق على مراسلات زوجته بالضبط والاطلاع والاعدام وحق فى التمسك بما هو فيها من الاسرار . ولكن بعد ١٩٣٨ اتجه اجتهاد الفقه والقضاء فى فرنسا الى ايجاد نوع من الحق المتبادل للزوجين وعلى قدم المساواة بالرقابة droit de Control أو بالتحرى droit d'investigation ولكن يجب أن يستعمل ذلك الحق بطرق مشروعة ولكن ما المعيار الذى يفرق بين الطرق المشروعة وغير المشروعة ؟ لم يستقر القضاء ، فهل الاخلاق أو انتفاء سوء النية أو الاخلاص . وقضى بان ذلك الحق لايخول البحث فى حقيبة اليد التى يمكن ان يقال عنها أنها امتداد للجسم . (كاربونيه - القانون المدنى - الجزء الثانى طبعة Themis ص ٨٣ ، ٨٤) .

لا يوجب القانون ذلك يعد خطأ مدنيا يوجب المسئولية المدنية ، دون أن يؤثر ذلك على صحة الشهادة أو صحة التبليغ (١) . واذا تضمن الكشف عن السر الأسرى قذفا أو سبا فانه يعاقب جنائيا وقد يعفى من المسئولية الجنائية اذا كان ذلك القذف أو سب تم فى الدفاع الشفوى أو الكتابى أمام المحاكم . ولكن دون اخلال بالمقاضاة المدنية (٢) . والسر الأسرى ما هو الا جزء يسير من قصة كبيرة هى الحياة الزوجية . والحياة الزوجية فى جملتها ، هى حياة خاصة للزوجين وللأسرة ونرى انه لايجوز لأحدهما التعبير عنها ولو بطريقة مشروعة فى صورة مذكرات منشورة الا برضاء الزوج الآخر أو عضو الأسرة الذى تمسه تلك المذكرات لان فى ذلك مساس بالحياة الخاصة التى هى حمايتها مكفولة قانونا . ولا تعد هذه المذكرات تأليفا مهما أفاض عليها من خياله ولو سترها بشخصيات قصصية . ويحق للزوج الآخر أن يطلب وقف توزيع ونشر هذه المذكرات أو ... ويطلب التعويض أيضا اذا وجب .

---

(١) نشير الى المادة ٢٨٦ اجراءات جنائية وهى تنص « يجوز أن يمتنع عن أداء الشهادة ضد المتهم أصوله وفروعه وأقاربه واصهاره الى الدرجة الثانية وزوجته ولو بعد انقضاء رابطة الزوجية وذلك ما لم يكن .. » ونلاحظ على النص انه استعمل لفظ « يجوز » ولكن يجب الا يغيب عن الذهن أن النص لم يكن هدفه تحديد متى يكون الامتناع عن الشهادة واجبا فذلك موضوع قواعد اخرى متفرقة ، أن هدفه فقط اخراج شهادة هؤلاء ضد بعضهم من الأصل العام وهو عدم جواز الامتناع عن تأدية الشهادة فى الدعوى الجنائية ، فاذا صار لهؤلاء لاختيار بين تأدية الشهادة أو عدم تأديتها فان ذلك يجب الا يخالف التزامات تفرضها عليهم قوانين اخرى ، وعلى ذلك فانهم فى حدود السر الاسرى يكون عليهم الامتناع عن الشهادة وليس لهم الاختيار .

(٢) نشير الى المادة ٣٠٩ عقوبات وهى تنص « لا تسرى أحكام المواد ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٨ على ما يسنده أحد الخصوم لخصمه فى الدفاع الشفوى أو الكتابى أمام المحاكم فان ذلك لا يترتب عليه الا المقضاة المدنية أو المحاكمات التأديبية » . فالمشرع فى هذه المادة حرصا على كفالة حرية الدفاع استبعدت تطبيق النصوص الخاصة بالقذف والسب على ما يأتى ذكره فى الدفاع ولكن هذه المادة أبقت على « المقاضاة المدنية » وهذه المقاضاة المدنية لا يمكن تصورها الا اذا كان ما ذكر فى الدفاع بعد اخلالا بالتزام قانونى وعلى ذلك فان المادة تحيل ضمنا الى القوانين الأخرى لتحديد ذلك الالتزام .

أما اذا كانت الحياة يالزوجية تتضمن جانبا يخرج عن مدلول الحياة الخاصة كما لو كان الزوجان من الشخصيات العامة وقد التقطت لهما بعض الصور العامة أو سجلت للما بعض الأحاديث العامة فان قام أحد الزوجين أثناء الزواج أو بعد الطلاق بنشرها فلا خطأ من جانبه . بل ويجوز لأى شخص غيرهما أن ينشرها بأسلوب يتضمن ابتكارا فانه يحظى بحماية المؤلف كما لو شكل فنان صورتين فى صورة واحدة غير مخلة بالشرف أو جمع مؤلف أحاديث عامة وقام بتصنيفها حسب الموضوع أو الأماكن .

(ب) الآثار المالية

يثبت للمطلقة بعض الحقوق المالية بعضها يعد من الأحوال الشخصية وبعضها من الأحوال العينية وهذه الحقوق تتعلق باستحقاق النفقة أو التعويض والحقوق فى المهر والجهاز والهدايا . ونبحث فيما يلى :

١ ـ النفقة أو التعويض :

يثور بعد كل طلاق البحث عن استحقاق المطلقة نفقة أم لا . ونرى أن نفقة المطلقة تعد من مسائل الأحوال الشخصية التى تطبق بشأنها الشريعة الدينية فيما لا يوجد فيه تشريع .

واذا قصرنا البحث على نطاق الشريعة فاننا نجد أن المادة ٦٦ من مجموعة ١٩٥٥ تنص « يجوز الحكم بنفقة أو تعويض لمن حكم له بالطلاق على الزوج الآخر » فهل تطبق هذه المادة بخصوص النفقة الشرعية للمطلقة . نقول أنه يمكن أن توجه عدة اعتراضات الى هذه المادة توجب استبعاد تطبيقها . ١ ـ الاعتراض الأول أنها جعلت الحكم بالنفقة جوازى ، وبالتالى يمكن الا يحكم بنفقة وهذا مخالف للنظام العام حيث لا يصح أن تصبح زوجة الأمس ومطلقة اليوم وقبل أن تتمكن من تدبير أمرها بدون نفقة وقد تكون ما زالت تقضى فترة العدة ،

وهى فترة يمتنع عليها فيها الزواج . ٢ — الاعتراض الثانى أن تفسير هذه المادة طبقا لظاهر ألفاظها تجيز الحكم للزوج بنفقة على زوجته المطلقة اذا كان سبب التطليق آتيا من جانبها . وهذا مخالفه للنظام العام ، فنفقة المطلقة محل البحث يجب أن يتحملها الزوج دائما .

٣ — والاعتراض الثالث — ان المادة اذ تجيز الحكم « بنفقة أو تعويض » « تكشف عن أن كلا من النفقة والتعويض هنا له نفس الغاية ونفس الطبيعة » (١) فالنفقة التى يحكم بها طبقا لهذا النص ليست نفقة خالصة وانما هى على سبيل التعويض ولذلك فهى مثله لا يحكم بها الا للزوج البرىء ويشترط أن يكون سبب الطلاق آتيا من الزوج الآخر وتوافرت فيه شروط الخطأ للقواعد العامة .

لكل هذه الاعتراضات نرى :

١ — اعتبار النفقة الشرعية للمطلقة مسكوتا عنها فى التشريعة الدينيه

٢ — يجب استبعاد تطبيق النص حتى بخصوص النفقة التعويضية لأن التعويض من مسائل الأحوال العينية وليسا من مسائل الأحوال الشخصيه .

٣ — يجب أعمال أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص نفقة المطلقة .

أما التعويض فتحكمه القواعد العامة فى المسئولية المدنية . ويجب فى النفقة الذى يقع على الزوج يكون باقيا وقد جاء فى المجموع الصفوى « ومن تزوج بأمرأة ثم عرض لها بعد زيجتها به داء فى بدنها .. فمباح له اعتزالها بشرط أن يجرى عليه النفقة على قدر ماله » (٢) .

التعويض تحكمه القواعد العامة فى المسئولية المدنية . ويجب فى نظرنا عدم الخلط بين نوعين من التعويض : التعويض عن الضرر الحاصل لمجرد حدوث الفرقة والتعويض عن الضرر الحاصل من أذى أحد الزوجين للزوج الآخر الذى هو فى غالب الأحوال سبب للتطليق .

---

(١) جميل الشرقاوى المرجع السابق ١٩٧٢ ص ١٢٧ .
(٢) المجموع الصفوى الباب الرابع والعشرون رقم ١٦٨ .

أما النوع الأخير فلا تردد فى القول بمشروعيته بل يمكن المطالبة به دون المطالبة بالطلاق . أما النوع الأول وهو التعويض عن الضرر الحاصل لمجرد الفرقة فهو فى نظرنا لا تجوز المطالبة به لانه اذا استطعنا أن نجد ضررا لحق بأحدهما من الفرقة ، فهل نستطيع أن نجد فعلا يعد خطأ تتوافر بينه وبين هذا الضرر علاقة سببية . لنبحث الفرض الأول وهو أن يكون الضرر لحق بطالب الطلاق . فى هذا الفرض نرى أن علاقة السببية غير متوافرة بين الضرر وبين خطأ الزوج الذى كان مبرر الطلاق لانه لا يمكن القول بانه لولا هذا الخطأ ما كان الضرر بل الصحيح أو الأولى أن يقال لولا التقدم بطلب الطلاق ما كان الضرر أو أن يقال لولا الحكم بايقاع الطلاق ما كان الضرر . واذا بحثنا الفرض الثانى وهو أن الضرر لحق بمن وقع ضده الطلاق ولا يجوز استبعاد هذا الفرض ، فانه لا يمكن القضاء بتعويض ذلك الضرر حيث لايتصور أن يكون طالب التعويض هو المسئول عن التعويض .

٢ ــ الجهاز وهدية العرس :

اذا أتت المرأة بجهاز فيجب مراعاة نص المادة ٧٩ من مجموعة ١٩٥٥ « الجهاز ملك المرأة وحدها فلاحق للزوج فى شيء منه وانما له الانتفاع بما يوضع منه فى بيته » فالجهاز يظل ملك للزوجة أثناء قيام الزواج وللزوج الانتفاع به فقط وبعد انحلال الزواج يكون للمطلقة أن تأخذ جهازها واذا اغتصب الزوج شيئا منه حال قيام الزوجة أو بعدها لها مطالبته بقيمته . وان هلك شيء من الجهاز أو استهلك عنده فلها مطالبته أيضا بقيمته . ولا يختلف الحكم سواء كان سبب قهريا أو اراديا أتيا من الرجل أو آتيا من المرأة طرأ بعد الزواج أو كان حاصلا قبله .

ولا تختلف الخلاصة القانونية فطبقا لأحكامها أنه اذا كان سبب الطلاق قهريا آتيا من الرجل وحاصلا بعد الزواج فان للمطلقة أن تأخذ جهازها الذى جهزت به . أما الهدية المتقدمة للعرس فتبقى للرجل ولا يخسر شيئا من عنده . وان كان السبب حاصلا قبل الزواج فللمرأة المطلقة جهازها كانت تعلم بوجود السبب أو لم تكن تعلم . أما اذا كان السبب القهرى الذى تأسس على الطلاق آتيا عليه المرأة فان كان موجودا

قبل الزواج فان للمرأة مع ذلك أخذ جهازها وسواء كان الرجل يعلم به أو لا يعلم • أما ان كان حاصلا بعد الزواج ، فلها أيضا جهازها أن كان لم يعدم « اما اذا كان ذلك قد عدم فليعتذر لها وينفق عليها » ونلاحظ أن النفقة هنا هى أيضا نفقة تعويضية مقصود بها جبر خسارة فقد الجهاز •

أما اذا كان السبب ارادى آتيا من جهة الرجل فللمرأة الحق ان تأخذ جهازها وتربح الهدية المتقدمة للعرس (١) • أما اذا كان السبب من المرأة فلرجلها الحق أن لم يكن له أولاد منها أن يأخذ جهازها • واذا كان له أولاد منها أخذ جهازها وباقى نعمتها وتحفظ بذلك لهم خاصة •

ونرى أنه يقصد بالهدية المتقدمة للعرس أو هدية العرس الهدايا التى تقدم أثناء الزواج ، أما الهدايا التى تقدم قبل تمام الزواج فانها هدايا خطبة تصير ملكا تاما للزوجة بالدخول أو اتمام الزواج •

واذا حصل نزاع بين المطلقين بشأن مفردات الجهاز ولم تكن هناك أوراق مثبتة لادعاء أحدهما فان مجموعة ١٩٥٥ اقامت قرينة مقتضاها أن ما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة الى أن يقيم الزوج البينة على أنه له وما يصلح للرجال أو يكون صالحا لهما فهو للزوج ما لم تقم المرأة البينة على أنه لها (م ٨٠) •

وعن حقوق المطلق فى المسكن ، نقول أنه اذا انتهت الحيـــاة الزوجية بالطلاق انتهى الحق الشرعى للزوجة بالاقامة فى مسكن الزوجية ويجب عليها مغادرة هذا المسكن ، ما لم تكفل لها القوانين المدنية حق استمرار الاقامة •

وللمطلقة استرداد ما قدمته من دوطة • كما أن النظـــام المشـــترك للأموال ينتهى •

---

(١) بالاضافة الى المهر كما سبق بيانه ، وبالاضافة الى أنها تأخذ ايضا من نعمته الخصوصية بمقدار ثلث المهر ، هذا اذا لم يكن لها أولاد من خلطته . أما اذا كان لها أولاد منه فتحتفظ بجميع مالها للأولاد بحيث لا يكون للزوجة من ذلك الا مجرد الانتفاع واما الملكية فتكون للأولاد .

وقد يكون هناك بعض الأوراق العائلية فكيف يتم التصرف فيها ٠ نرى أن تطبق ما جاء فى القانون المدنى من أحكام بخصوص التصرف فى هذه الأوراق بعد الوفاة وهى تجعل للقاضى فى حالة عدم اتفاق المطلقين (الورثة فى لفظ النص) أن يراعى فيما يتعلق بيكيف التصرف فى هذه الأوراق العرف وما يحيط بكل منهم من ظروف شخصية ٠

المطلب الثانى

أثار التطليق بالنسبة لحقوق الأولاد

تنص المادة ٦٨ مجموعة ١٩٥٥ « لا يؤثر حكم الطلاق على ما للأولاد من الحقوق قبل والديهم » وليس المقصود فقط الأولاد الموجودين وقت الطلاق بل هؤلاء الذين يولدون بعد الطلاق فللجميع كافة الحقوق الشرعية وأولها اثبات النسب والنفقة والعناية والرعاية والتربية والرضاعة والحضانة والرقابة (١) ٠ وايا كان متولى الحضانة فان الأبوين بعد الطلاق يحتفظا بحقهما فى ملاحظة أولادهما وتربيتهم ٠ ويجوز أن يقضى فى حكمَ الطلاق باسناد حضانة الأولاد للزوج الذى صدر حكم الطلاق لمصلحته ولو لم يكن هو الحاضن طبقا لنصوص الحضانة (م ٦٧ مجموعة ١٩٥٥) ٠ أما الخلاصة القانونية فتكلمت فى حضانة الأولاد بعد الفسخ فنصت على أربعة أحوال : ١ ــ القاعدة العامة هى أنه اذا كان الافتراق توقع بناء على سبب حاصل من جهة أحد الزوجين فحضانة الأولاد ذكورا أو أناثا وتربيتهم هى للقرين البرىء من السبب ٠

٢ ــ فان كان السبب واقا من الرجل فالحضانة والتربية تكون للمرأة اذا كانت الشريعة لم تقم وليا للأولاد غيرها ٠ وان كانت اقامت وليا فالحضانة والتربية لها تحت رعاية وتصرف الولى الذى يعينه الرئيس الروحى من ارشد الأقارب أو من غيرهم اذا لم يتفق ٠

٣ ــ أما اذا كان السبب حاصلا من الفريقين كائنين لهما قرابة مانعة وتزوجا ثم خلفا أولاد أو كائنين ترهبنا بعد الزواج فالرضاعة للأم والنفقة والتربية على الوالد ٠

٤ — وان كان السبب الواقع من الاثنين غير ما ذكر كالجنون أو غير مما يخشى منـه على حيوة الأولاد أو لنصرانيتهم وآدابهم أو أموالهم فالرئيس الروحى ند الأمر (١) •

٥ — للأولاد حق على من تجب عليه نفقتهم — وهو الأب فى غالب الأحـوال — من تدبير مسكن لهـم ، وللحاضـنة حق فى الاقامـة معهم فى ذلك المسكن • لكن ليس بالضرورة هو مسكن الأم المطلقـة ، فللزوج أن يختار أثناء أو بعد الطلاق مسكن الأسرة ومسـكن أولاده أو مسكن الحاضنة مع الأولاد • ونرى بذلك أنه كان يمكن القضاء ببقاء الحاضنة والأولاد فى المسكن ، بالاستناد الى ذلك التأصيل الذى يتفق مع المبادىء العامة • ومع ذلك لم يظهر ذلك التأصيل فى القضاء الشرعى مما كان أثره طرد الحاضنة والأولاد من المسكن ، وهذا شىء كان يدعو للأسف فكيف نحمل الحاضنة عبئين عبء الحضانة والتربية وعبء تدبير مسكن • ولهذا تدخل الشرع بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وكفـل للحاضنة مع الأولاد الحق فى البقاء فى مسكن الزوجة السابق (٢) ونرى تطبيق هـذا النص على غير المسلمين (٣) فهو قاعدة تشريعية آمره متعلقة بالنظام العام فى موضع خلت الشريعة القبطية من حـكم فيه (٣) •

---

(١) الخلاصة المسألة التاسعة والعشرون •

(٢) لكن الا اذا اختار الزوج سكنا آخر تنتقل اليه الحاضنة ، فان القانون المشار اليه لا يسلب الزوج هذا الحق (م ٤) .

(٣) نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية السنة الثانية والعشرون العدد ٢٥ تابع (م) . وجاء قاصرا على المسلمين فهو جاء معدلا لقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ٢٥ لسنة ١٩٢٠ باضافة بعض المواد أو استبدالها .

وهو بذلك يعتبر من نظام الشريعة الاسلامية ، فيطبق حيث تطبق طبقا لقواعد الاسناد السابق الاشارة اليها وبمقتضاها يجب تطبيقه عندما خلو الشريعة الطائفية من حكم أو اذا استبعد حكمهـا لمخالفته للنظـام العام — وهنا نشير أن احكام هذا القانون تعتبر من النظام العام ويجب أن يستبعد أى حكم فى شريعة طائفية مخـالف .

تذييل الباب الرابع
الوفاة

الوفاة هى السبب العادى أو الطبيعى لانهاء الزواج ، وأول مايقصد بالوفاة فى هذا المقام هى الوفاة بالموت الحقيقى ، ولكن الحكم باعتبار المفقود ميتا طبقا لأحكام القانون المدنى يؤدى الى اعتبار الوفاة الحكيمة لها نفس الأثر للوفاة الطبيعية على الزواج ، ومع ذلك فالوفاة الطبيعية تنهى الزواج بشكل يقينى ونهائى أما الوفاة الحكمية فتنهى الزواج بشكل ظنى ، الظن بالوفاة الحقيقية ولذلك فانه ان كذب ذلك الظن وظهر الزوج حيا مرة أخرى فان له كل حقوق الزوج على زوجته التى مازالت فى العدة أو التى لم تتزوج بعد ، أما الزوجة التى عقد عليها ولم يتم الدخول بها فان تعود الى زوجها الأول ويقضى ببطلان زواجها الثانى لأنه لا يجوز تعدد الأزواج ويكون زواجها الثانى باطل لوجود مانع الارتباط بزوجية قائمة أما اذا كان قد دخل بها شخص سيء النية فان يقضى أيضا ببطلان زواجها اما اذا كان قد دخل بها شخص حسن النية فانها تبقى معه : أما اذا كانت الزوجة هى المفقودة وصدر حكم باعتبارها ميته فان الزواج ينتهى . ومع ذلك اذا عادت الزوجة مرة أخرى ولم يكن زوجها قد تزوج بعد فانها له لأن الزواج بظهورها يكون كأن لم ينته . أما اذا كان قد تزوج فنفرق بين حالتين . الأول الزوجة الثانية سيئة النية أى تعلم بحياة الزوجة الأولى ففى هذه الحالة تعود الزوجة الأولى . حالة أخرى أن ظهرت الزوجة الأولى مرة ثانية وقد الارتباط بزواج سابق . والثانية اذا كانت الزوجة الثانية حسن النية ودخلت بزوجها فان تبقى معه ، وذلك ترجيحا لمصلحتها على مصلحة الزوجة الأولى . حالة أخرى أن ظهرت الزوجة الأولى مرة ثانية وقد تزوجت من شخص آخر فنطبق الأحكام التى ذكرناها بخصوص الحكم بموت الزوج المفقود .

---

(١) م ٨ من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وهى قواعد عامة موحدة بالنسبة للجميع .

والمتوفى عنها زوجها لا تستحق نفقة وانما ترث زوجها كذلك الزوج الذى توفت عنه زوجته فانه يرثها .

أما عن استحقاق المهر ، فان المهر ملك المرأة ولا يسقط بالوفاة بل يظل مستحقا فان ماتت المرأة قبل أن تستوفى جميع مهرها فلورثتها مطالبة زوجها ان كان حيا أو مطالبة ورثته اذا توفى بعد وفاة زوجته بما يكون باقيا بذمته من المهر بعد اسقاط الزوج الآيل له من ارثها . واذا مات الرجل فللمرأة أو لورثتها اذا ماتت بعده أن يستوفوا مهرها من ورثة الزوج كدين من ديون التركة . (م ٧٢ مج) .

أما عن الجهاز فهو أيضا ملك للزوجة ولا يسقط ملكها بالوفاة . فان مات الرجل فالجهاز لا يدخل فى تركته واذا ماتت المرأة فانه يكون من مفردات تركتها ويرث فيه زوجها أيضا . واذا مات أحد الزوجين ووقع نزاع فى متاع فى البيت بين الحى وورثة الميت فما يصلح للرجل والمرأة يكون للحى منهما عند عدم البينة ، أما يصلح للنساء فقط يعتبر من الجهاز الى أن تقوم البينة على عكس ذلك ما يصلح للرجال فهو لا يدخل فى الجهاز الى أن تقدم البينة على عكس ذلك . والجهاز هو فقط ما أتت به الزوجة الى منزل الزوجية وليس ما أثثه الزوج أواضافه فى بيته يعد جهازا ملك للزوجة وانما هو ملكه الخالص وللزوج حق الانتفاع به كما أن له حق الانتفاع بالجهاز .

وبعد الوفاة يجوز الزوج الحى أن يتزوج ثانية . ويجب مراعاة محرمات قرابة المصاهرة التى نشأت من الزواج (١) .

كما أن الوفاة كسبب لا للفرقة لا يمكن ان تثير مشكلة التعويض فلا تعويض . ولكن يجوز المطالبة بالتعويض اذا وجهت الدعوى للغير الذى تسبب بخطئه فى موت الزوج وهذه مسألة مرتبه وتخضع للقانون المدنى .

---

(١) راجع سابقا ص ١٨٩ .

وبالوفاه تقف الحقوق الملازمة للزواج كحق الزوجة فى الاقامة فى منزل الزوجية الذى يعده الزوج ، فالأصل أن ينتهى هذا الحق ولايكون لها البقاء فى مسكن الزوجية السابق الا على أساس القوانين المدنية التى تكفل لها ارثا فى ملكية ذلك المسكن أو تكفل امتداد الايجار لصالحها ونفس الأمر لو فرضنا أن الزوج انتقل الى مسكن زوجية اعدته الزوجة كمالكه أو مستأجرة فبعد وفاة الزوجة لا يمكن له البقاء فيه الا على أساس القوانين المدنية .

والوفاة لا تؤثر على حقوق الأولاد ، فيما عدا الحقوق التى تنقطع بالوفاة كالنفقة ، حيث يرث الأولاد فى أصولهم وان كانوا فقراء تحملها الأصل الباقى أو الأقارب الآخرين طبقا للقانون .

تم بحمد الله

الكتاب الاول وفى خطتنا أن يكون له تذييل نعرض فيه لأحكام الشريعة عند الطوائف الأرثوذكسية الأخرى .

ܒܝܬ ܡܪܕܘܬܐ

ܕܡܠܦܢܐ ܓܝܘܪܓܝܣ ܒܪ ܐܢܛܘܢ ܕܒܝܬ ܟܝܪܐܙ

Ex Libris

Beth Mardutho Library

The Malphono George Anton Kiraz Collection

ܟܠ ܐܢܫ ܕܫܐܠ ܠܗ ܠܟܬܒܐ ܗܢܐ ܡܢ ܒܝܬ ܐܘܨܪܐ
ܐܘ ܦܚܡ ܡܢܗ ܡܕܡ ܢܗܘܐ ܡܫܬܐܠ ܒܝܬ ܕܝܢܐ
ܘܕܝܢܐ ܡܢ ܩܕܡ ܡܠܟܐ ܘܚܪܡܐ ܕܢܣܒ ܥܠ ܐܘ
ܢܗܘܐ ܠܗ ܚܪܡܐ ܥܠ ܕܢܣܒ ܢܗܘܐ ܠܗ ܚܪܡܐ ܥܡ
ܥܕܡܐ ܕܢܦܩ ܠܗ ܠܟܬܒܐ܀

Anyone who asks for this volume, to read, collate, or copy from it, and who appropriates it to himself or herself, or cuts anything out of it, should realize that (s)he will have to give answer before God's awesome tribunal as if (s)he had robbed a sanctuary. Let such a person be held anathema and receive no forgiveness until the book is returned. So be it, Amen! And anyone who removes these anathemas, digitally or otherwise, shall himself receive them in double.

مختصر الأحكام الشرعية

في

الأحوال الشخصية لغير المسلمين

الدكتور
مصطفى عبد السيد الجارحي

١٩٨٤ / ١٩٨٥

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

Law: Syriac Catholic, Maronite, etc.
Beth Mardutho Library

مختصر الأحكام الشرعية

في

الأحوال الشخصية لغير المسلمين

الدكتور
مصطفى عبد السيد الجارحي

١٩٨٤ / ١٩٨٥

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة